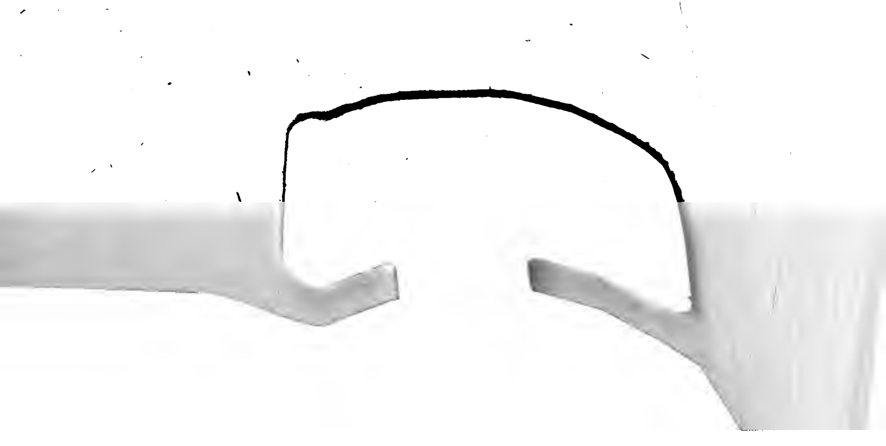

WIDENER LIBRARY
HX GFEL U


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Eilften Theils erste Abtheilung.



Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1809.

Lib. X. Tit. II.

Familiae erciscundae.

§. 725.

Begriff der Erbtheilungsklage, und Ursprung derselben.

Die andere Theilungsklage ist das *iudicium familiae erciscundae*, die Erbtheilungs- oder Erbsonderungsklage [1]). Sie ist diejenige Klage, welche ein Miterbe gegen den andern Miterben, die sich beyde als solche gegenseitig anerkennen, dahin anstellt, daß die bisher unter ihnen gemeinschaftlich gewesene Erbschaft getheilt werde, und den übrigen aus der bisherigen Verwaltung derselben herrührenden Forderungen ein Genüge geschehe. Das Wort *familia* bedeutet also hier soviel als Erbschaft, hereditas, im objectiven Sinn für einen Inbegriff von Sachen genommen, welche ein Verstorbener hinterlassen hat, — Nachlaß eines Verstorbenen.

1) *Io.* VOET de familia erciscunda liber singular. *Colon.* 1615. *Amst.* 1672. 4. und *Basiliae* 1760. 8. *Conr. Wilh.* STRECKER Diss. de actione familiae erciscundae. *Erford.* 1739. 4. *Frid. Aug.* MEHL Iudicium familiae erciscundae ex §. 20. I. de act. propositum. *Goettingae* 1780. 4. und vorzüglich Ernst Christ. Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage. Leipzig 1793. 8.

nen [2]). Das Wort *erciscere* hingegen kommt her von *erctum* und *ciscere* oder *ciere.* [3]). *Erctum* heißt ein noch ungetheiltes Ganzes, oder wie Jacob Gothofredus [4]) sagt: indivisum in se coercitum. Denn Festus [5]) leitet das Wort von *coercere* ab, welches hier soviel als continere, einschließen, heißt, von dem griechischen Worte ἕρκω oder ἑρκίζω. Daher ἕρκος im Griechischen ein umzäunter Ort heißt, worin die Alten ihr Vieh einschlossen, welches ihr größter Reichthum war. Hiervon also das lateinische *Erctum* für ein ungetheiltes Gut genommen [6]). Das Wort *ciere*, aus dem Griechischen σχίω, oder κίω, bedeutet eigentlich soviel als loco suo movere. Weil nun eine Sache, welche zur Theilung kommt, von ihrer Stelle weggebracht wird; so hieß *cio*, so wie das Griechische σχίζω, auch soviel als divido. Also *familiam erciscere*, bedeutet soviel, als eine bisher gemeinschaftlich gewesene, und also noch ungetheilte Erbschaft theilen. Ganz ungegründet ist es daher, wenn Salmasius [7]) den Tribonian beschuldiget, er habe den Namen der Klage, aus Unkunde des alten Sprachgebrauchs verstümmelt, und das alte ächte *familiae*

2) *L. 195. §. 1. D. de Verb. Sign. L. 1. pr. L. 2. D. h. t.*

3) S. *Hug.* GROTII Florum Sparsio ad Ius Iustinian. h. t. p. 146. sq. (edit. *Gebauer. Halae 1729.* 8.) und *Io. Aug.* ERNESTI Clavis Ciceron. v. *Herciscere.*

4) Fontes quatuor iuris civ. pag. 207. (edit. *Genev. 1653.* 4. und in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. III. pag. 170.).

5) Voce *Erctum.*

6) S. auch HEINECCII Opuscul. postuma de Historia Edictorum. Ad Edictum perpet. Tit. 45. not. a. pag. 502.

7) Exercitat. Plinian. ad Solinum pag. 891.

familiae ercticiscundae fälschlich in *familiae erciscundae* verwandelt. Man muß sich billig wundern, wie dem großen Philologen die Stelle des Cicero unbekannt seyn konnte, welcher in seiner Rede für den Cäcinna Cap. 7. sagt: Aebutius nomine heredis arbitrum *familiae herciscundae* postulavit. Ja eben dieser Redner sagt noch an einem andern Orte, *de Orator.* Lib. I. cap. 56. Qui, quibus verbis *hercisci* oporteat, nescit, idem *herciscundae familiae* causam agere non potest. Der Ausdruck *familia erciscunda* war also lange vor Tribonian im Gebrauche, wie auch noch aus mehreren Fragmenten des Ulpians und Paulus in Anton Schultings *Iurisprud. Antejustin.*[8]) erhellet.

Die Erbtheilungsklage ist ursprünglich eine Civilklage, welche ihren Ursprung aus den Gesetzen der zwölf Tafeln herleitet[9]). Cajus sagt dies ausdrücklich *L.* 1, *pr. D. h. t.*

Haec actio proficiscitur *a Lege duodecim Tabularum.* Namque coheredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur.

8) PAULUS Lib. I. *Sentent. Receptar.* Tit. 18. pag. 257. und ULPIAN *Fragm.* Tit. 19. §. 16. pag. 225.

9) In den Gesetzen der 12 Tafeln kommt Tab. V. bey *Iac.* GOTHOFREDUS, in Quat. Fontib. iur. civ. folgende Verordnung vor: *Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cita sunto. Caeterarum familiae rerum ercto non cito, si volent heredes, ercitum citum faciunto: Praetor ad erctum ciendum arbitros tris dato.* Man sehe über diese Stelle ausser Godefroi noch besonders *Conr.* RITTERSHUSII Dodecadelto Cap. 24. und *Io. Nic.* FUNCCII LegesXII. Tabular. ad Tab. V. pag. 243. sqq.

Der Prätor aber nahm sie auch in sein Edict auf, wie aus den Stellen erhellet, die aus des Cajus, Ulpianus und Paulus Commentaren über das Edict in die Pandecten gekommen sind. Nicht undeutlich gedenken dieses Edicts auch die Kaiser Sever und Antonin, wenn sie *L.* 3. *Cod. h. t.* an einen gewissen Rufus rescribiren:

Adversus coheredes tuos dividundae hereditatis iudicio *secundum iuris formam* experire. Iudex datur, si quid a coherede etiam tuae portionis ex hereditate sublatum fuerit probatum, factis adiudicationibus *secundum iuris formam* eum tibi condemnabit.

Denn daß der Ausdruck *iuris forma* das Edict des Prätors bezeichne, ist eine bekannte Wahrheit [10]). Die Worte des Edicts selbst finden sich zwar nicht in diesem Titel; allein Noodt [11]) hat sie aus den Fragmenten dieses Titels der Pandecten mit vieler Wahrscheinlichkeit auf folgende Art restituirt:

Familiae erciscundae si agetur inter coheredes, arbitrum dabo [12]), *ut eius arbitratu res hereditariae singulis adiudicentur;*

10) HEINECCII Opusc. posthuma de histor. Edictor. ad Tit. XLV. not. a. pag. 501.

11) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 237.

12) Des arbitri familiae erciscundae geschieht mehrmals in den Fragmenten dieses Titels Erwähnung. *L.* 43. *L.* 51. *pr. L.* 57. *D. h. t.* Auch in Deutschland giebt es an verschiedenen Orten sogenannte Theilrichter, wie z. B. im Würtembergischen, welche von den eigentlichen Richtern sehr verschieden sind. S. *Mich.* GRASSI Diss. de arbitris familiae erciscundae. *Tubingae* 1728. und Lud. Fried. Griesingers Commentar über das Würtembergische Landrecht. 3. Bd. S. 649. Not. p.

centur[13]); *item si quid damni datum factumve erit, sive quid eo nomine aberit alicui, aut ad eum pervenerit, ut id praestetur.*

Insofern das iudicium familiae erciscundae' auf die Theilung der gemeinschaftlichen Erbschaft gerichtet wird, gründet sich die Klage auf ein Miterbrecht des Klägers, insofern sie aber auch zugleich auf persönliche Forderungen geht, die aus der Administration der gemeinschaftlichen Erbschaft entstanden sind, beruhet sie, wie Justinian[14]) sagt, auf einer obligatio quasi ex contractu. Die Erbtheilungsklage gehört also unstreitig zu den gemischten Klagen, insofern darunter solche Klagen verstanden werden, die ein Realrecht voraussetzen, und doch nur gegen eine bestimmte Person, welcher auch ein Realrecht an der Sache zugestanden wird, Statt finden, und die ein ausschließendes Recht auf die Sache erst bewirken sollen[15]). Viele[16]) halten indessen die Erbsonderungsklage für eine blos persönliche Klage; allein dafür kann sie nur dann gehalten werden, wenn die Theilung schon geschehen ist, oder diese wegen des Untergangs oder Verlusts der Sache nicht mehr geschehen kann, und daher die Klage blos auf persönliche Forderungen geht[17]).

13) Durch die Adjudication geht bey den Theilungsklagen das Eigenthum der Sache sofort auf den über, dem sie gerichtlich zugetheilt worden ist. §. *ult. I. de offic. iudic.*

14) §. 4. *I. de Obligat. quae quasi ex contr. nasc.*

15) S. Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 201. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1. Dabelow Handbuch des heutigen römisch-deutschen Privatrechts 2. Th. §. 1586. und Westphals angeführtes System §. 672. u. 673.

16) S. MEHL cit. Diss. pag. 6. sqq. VOET cit. libr. Cap. I. nr. 10.

17) *L. 24. pr. D. h. t.* Westphal in angef. System §. 674.

Können sich übrigens die Erben in Güte auseinandersetzen, so bedarf es dieser Klage nicht, und es hängt alsdann lediglich von ihrer Uebereinkunft ab, ob sie die Theilung unter sich allein vornehmen, oder einen Arbitrator zu Hülfe nehmen wollen[18]. Ja wenn auch schon die Theilungsklage erhoben, und anhängig seyn sollte, so hindert dieses dennoch nichts, daß die Theilung noch immer außergerichtlich geschehen könne[19]; so wie im Gegentheil, wenn auch die Theilung außergerichtlich geschehen seyn sollte, dadurch dennoch die actio familiae erciscundae nicht ausgeschlossen wird[20]. Ist aber die actio familiae erciscundae angestellet worden, und die Theilung ist durch ein förmliches Urteil des Richters geschehen, so heißt dies eine gerichtliche Theilung[21]. Eine jede andere Erbtheilung ist für eine außergerichtliche zu halten, wenn sie auch mit Zuziehung eines Theilrichters geschehen[22], oder von dem ordentlichen Richter wäre bestätiget worden[23].

§. 726.

Wem steht die Erbtheilungsklage zu? Erfordernisse derselben auf Seiten des Klägers.

Die Erbsonderungsklage stellt nun ein Miterbe gegen den andern Miterben an, das Miterbrecht mag in einem Testa-

18) S. VOET de familia ercisc. Cap. 5. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 728.

19) *L. ult. D. h. t.* VOET c. l. Cap. 5. nr. 2.

20) *L. 32. D. L. 1. C. L. 21. C. h. t.* THIBAUT Syst. 2. Bd. §. 730.

21) *L. 36. D. h. t.* THIBAUT a. a. O. §. 728. a. E.

22) S. Griesingers Commentar über das Wirtembergische Landrecht 3. B. S. 649. Not. p.

23) Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 137.

Testamente oder in einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze[24]), es mag in dem Civil- oder prätorischen Rechte[25]), oder auch heut zu Tage in einem Erbvertrage gegründet seyn[26]). Utiliter kann diese Klage auch zwischen dem Fiduciar- und Fideicommissar-Erben Statt haben, wenn der erstere dem letztern einen Theil der Erbschaft abtreten soll, und dieser auch dem letztern, jedoch blos mit Worten abgetreten worden ist[27]). Nicht minder wird einem Arrogirten, der ihm gebührenden Quartae Divi Pii wegen, das utile familiae erciscundae iudicium gestattet, wenn er gleich eigentlich nicht als Erbe anzusehen ist[28]). Utiliter kann endlich auch die Klage von dem Käufer einer Erbschaft angestellet werden, weil er an die Stelle des Verkäufers tritt[29]), und daher auch die hereditatis petitionem utilem anstellen kann[30]), welche hingegen einem arrogirten Unmündigen seiner Quarte wegen nicht einmal gestattet wird[31]).

A 4 Uebri-

24) *L. 2. pr. D. h. t.* VOET cit. libr. Cap. XI.

25) *L. 24. §. 1. D. h. t.* S. Westphal in dem angef. System §. 676.

26) S. STRECKER Diss. cit. §. 4. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 3. Bd. §. 625.

27) *L. 40. D. h. t.* Si ex asse heres institutus rogatus sit, mihi partem aliquam restituere, veluti dimidiam: *utile familiae erciscundae iudicium* recte inter eos agetur. S. Westphals angef. System §. 682.

28) *L. 2. §. 1. D. h. t.*

29) *L. 5. C. de heredit. vel act. vend.* VOET de familia ercisc. Cap. XI. nr. 3.

30) *L. 54. pr. D. de hered. petit. L. 2. §. 18. D. de heredit. vel act. vend.*

31) *L. 1. §. 21. D. de collat. bonor.* Westphal §. 681.

Uebrigens muß derjenige, welcher die Erbtheilungsklage mit Wirkung anstellen will, nicht nur ein Miterbrecht haben, sondern die Erbschaft muß auch von dem Kläger schon erworben gewesen seyn, als die Forderungen entstanden, worauf die Klage gerichtet wird [32]). Ulpian lehrt dieses deutlich, wenn er *L.* 49. *D. h. t.* sagt:

Nam ut *familiae erciscundae iudicio* agere quis possit, *non tantum heredem esse oportet*, verum *ex ea causa agere*, quam gessit, quodque admisit, *posteaquam heres effectus sit.* Caeterum cessat familiae erciscundae actio: et ideo si, *antequam quis sciret se heredem esse*, in hereditate aliquid gesserit, *familiae erciscundae iudicio non erit locus*; quia non animo hereditatis gessisse videtur. Quare, *qui ante aditam hereditatem quid gessit*, veluti si testatorem sepelivit, *familiae erciscundae iudicium non habet.* Sed si *post aditam hereditatem* id fecit, consequenter dicemus, *familiae erciscundae iudicio* consequi eum posse sumtum, quem fecit in funus.

Der Kläger muß ferner ein von dem Beklagten anerkanntes Miterbrecht haben. Wird ihm daher solches von dem Beklagten streitig gemacht, so ist zu unterscheiden.

1) Der Beklagte ist in dem alleinigen Besitz der Erbschaft. Hier ist der Kläger mit der Erbtheilungsklage zur Zeit noch ab, und zur Erbschaftsklage zu verweisen [33]). Durch diese Klage, (*hereditatis petitio partiaria*) muß also der Kläger zuvörderst sein Erbrecht wider den Beklagten ausführen, und so lange, bis darüber erkannt worden ist, muß

32) S. STRECKER cit. Diss. §. 4. MEHL Diss. cit. pag. 15.

33) *L.* 20. *C. h. t.*

muß die Erbtheilungsklage ruhen. Cajus sagt *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

Sed si is, *qui possidet*, neget eum sibi coheredem esse: potest eum excludere per hanc exceptionem: *Si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat* [34]).

Weiß der Kläger nicht gewiß, ob ihn der Beklagte für einen Miterben anerkennen wird, so thut er wohl, wenn er die hereditatis petitio partiaria und die actio familiae erciscundae mit einander successivisch cumulirt [35]).

2) Der Kläger ist in dem Mitbesitz der Erbschaft. Hier ist die Erbtheilungsklage nicht ganz unstatthaft, wenn auch der Beklagte das Miterbrecht des Klägers läugnet. Es braucht daher keine neue Klage angestellt zu werden [36]); sondern es wird der Präjudicialpunct des Erbrechts in demselben Prozeß blos als ein Incidentpunct behandelt, welcher zwar zuvörderst ausgemacht werden muß, nächstdem aber sogleich zur Entscheidung der Erbtheilungssache geschritten werden kann [37]).

Quodsi

34) *Praeiudicium hereditati fieri* dicitur, si prius ius hereditarium actoris probandum, atque de eo iudicandum sit, quam de divisione hereditatis agatur. S. *Iac.* RAEVARDUS de Praeiudiciis Lib. I cap. 1. und cap. 11.

35) S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 3. Band §. 624.

36) Ist der Kläger im Besitz, so paßt auch nicht einmal die Erbschaftsklage auf einen solchen Kläger, weil diese Klage nie dem Besitzer zusteht. Dahingegen kommt es bey der Erbtheilungsklage nicht darauf an, ob der Kläger im Besitz der Erbschaft ist, oder nicht. S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum*. pag. 238.

37) S. Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 699. und §. 700.

Quodsi *possideat* (sc. actor) *eam partem*, fährt Cajus in der angeführten Stelle fort, licet negetur esse coheres, *non nocet talis exceptio*. Quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, *an coheres sit*. Nisi enim coheres sit, neque adiudicari quicquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est.

3) Der Kläger, der auf die Theilung klagt, besitzt die Erbschaft allein. Hier kann der Beklagte, welcher alleiniger Erbe zu seyn behauptet, auch seiner Seits die Erbschaftsklage erheben, ohne daß dadurch die Theilungsklage gehindert wird. Beyde Klagen werden hier als Con- und Reconvention zusammengenommen, und in eben demselben Prozeß zugleich ausgemacht und entschieden. Es läßt sich nicht behaupten, daß beyde Klagen incompatibel wären. Denn durch die Erbschaftsklage kann keine Theilung bewirkt werden, dahingegen geht die Erbtheilungsklage nicht mit auf die Schulden, weil diese schon ipso iure getheilt sind. Wenn also der eine Miterbe dem Erblasser noch schuldig ist, so muß die Erbschaftsklage gebraucht werden. Es gehören hierher folgende Stellen.

L. 51. §. 1. *D. h. t.* Si ego a te hereditatem petere vellem, tu mecum familiae erciscundae agere: ex caussa utrique nostrum mos gerendus est. Nam si ego totam hereditatem possideo, et te ex parte dimidia heredem esse confiteor, sed a communione discedere volo: impetrare debeo *familiae erciscundae iudicium*, quia aliter dividi inter nos hereditas non potest. Item si tu iustam causam habes, propter quam per hereditatis petitionem potius, quam familiae erciscundae iudicium,

nego-

negotium distrahere velis: tibi quoque permittendum erit, *hereditatem petere.* Nam quaedam veniunt in hereditatis petitionem, quae in familiae erciscundae iudicio non deducuntur, veluti si ego debitor hereditarius sim: iudicio familiae erciscundae non consequeris id, quod defuncto debui; per hereditatis petitionem consequeris [38].

L. 7. *D. Si pars heredit. petat.* welche, wie die *L.* 51. aus Julians *L.* 8. *Dig.* genommen ist. Non possumus consequi *per hereditatis petitionem* id, quod familiae erciscundae iudicio consequimur, *ut a communione discedamus*: cum ad officium iudicis nihil amplius pertineat, *quam ut partem hereditatis pro indiviso restitui mihi iubeat* [39].

Daß

38) In den *Basilic.* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Const. 51. §. 1. pag. 686. lautet die Stelle so: Εὰν ὁ εἷς τῶν συγκληρονόμων θέλῃ διὰ τῆς τῶν κληρονομιαίων ἀπαιτήσεως γενέσθαι τὴν διαίρεσιν, καὶ μὴ διὰ τοῦ διαιροῦντος τῇ Φαμιλίᾳ τὸν κλῆρον λόγου λέγων τοῦτο διαφέρειν αὐτῷ, ἀκούεται. Τινὰ γὰρ ἔχει πλέον ἡ τῶν κληρονομιαίων ἀπαίτησις. τὸ γὰρ παρὰ τοῦ κληρονόμου χρεωστούμενον τῷ διαθεμένῳ, οὐκ ἀπαιτεῖται διὰ τοῦ διαιροῦντος τὸν κλῆρον, ἀλλὰ διὰ τοῦ απαιτοῦντος τὸν κλῆρον δικαστηρίου. i. e. *Si unus ex heredibus per hereditatis petitionem, non per familiae erciscundae iudicium, divisionem fieri velit, dicens hereditatem ad se pertinere, auditur: est enim aliquid amplius in petitione hereditatis: nam quod heres testatori debebat, iudicio familiae erciscundae non exigitur, sed per hereditatis petitionem.*

39) So lesen alle Ausgaben richtig, und damit stimmen auch die *Basilica* überein, in welchen diese Stelle Tom. V. Lib. XLII. Tit. 2. Const. 7. pag. 652. so lautet: Επὶ τῆς τῶν κληρονομιαίων

Daß übrigens der Kläger durch Anstellung der Erbtheilungsklage dem Beklagten das Miterbrecht zugestehe, versteht sich wohl von selbst, und nie würde wohl darüber je gestritten worden seyn, wenn nicht der Ausspruch des **Scävola** entgegen zu stehen schiene, welcher *L.* 37. *D. h. t.* sagt:

Qui familiae erciscundae iudicio agit, *non confitetur*, adversarium sibi esse coheredem.

So steht diese sehr bestrittene Stelle auch in der neuesten Göttingischen Ausgabe des Corporis iuris Rom. ohne die geringste Anmerkung, da doch in den Ausgaben des **Charondas** und **Simon van Leeuwen** das *non* eingeklammert ist, in den Basiliken aber die Negation ganz fehlt, und von **Charondas** und **Baudoza** bemerkt worden ist, sie stehe auch in einigen alten Handschriften nicht. Wie konnte in einer kritischen Ausgabe, wie die Gebauersche seyn soll, eine Stelle, bey welcher sich die Critic so geschäftig bewiesen hat, ohne alle kritische Bemerkung gelassen werden? Daß die Worte des **Scävola**

μιαίων ἐνδικήσεως ὁ δικαςὴς ψηφίζεται τοσόν δε μέρος ἀδιαιρέτως ἀποκαταςῆναι μοι. οὐ μὴν ἵνα καὶ διελώμεθα. τοῦτο γὰρ τοῦ διαιροῦντος τῇ φαμιλία τὸν κλῆρον λόγου ἐςίν. i. e. *In petitione hereditatis iudex pronunciat tantum, partem hereditatis pro indiviso mihi restitui, non etiam ut a communione discedamus: hoc enim pertinet ad iudicem familiae erciscundae iudicio addictum.* Es ist daher unbegreiflich, was WISSENBACH in Exercitat ad L. Pandect. libros P. I. Disput. XXII. Th. 7. will, wenn er daselbst sagt, es müsse *pro diviso* gelesen werden. *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Decad. XXVIII. Th. 4. hat diese unzeitige Critik mit Recht verworfen.

vola im einem affirmativen Sinn zu nehmen sind, erhält durch die Basiliken[40]) ein überaus wichtiges Argument. Denn in diesen lauten sie folgendermassen:

Ὁ κινῶν τὸ τῆς διαιρέσεως δικαστήριον, ὁμολογεῖ τὸν ἀντίδικον αὐτοῦ συγκληρονόμον εἶναι. i. e. *Qui familiae erciscundae iudicio agit, confitetur, adversarium sibi esse coheredem.*

Soll man aber deswegen mit Gerh. Noodt[41]), Joh. Voet[42]), und Westphal[43]) die Negation in unsern Pandecten wegstreichen? Dies erlaubt die Auctorität des Florentinischen Codex, und so vieler anderer damit übereinstimmender Handschriften schlechterdings nicht[44]). Die meisten Ausleger, von Accursius an, streiten daher für die Beybehaltung derselben. Nur Hermann Cannegieter[45]) lieset ohne alle Auctorität, statt non, *mox* oder *modo.* Doch weit entfernt sind die meisten, dem Fragment des Scävola einen affirmativen Sinn beyzulegen. Cujaz[46]), dem

40) Lib. XLII. Tit. 3. Const. 37. Tom. V. pag. 681.

41) Commentar. ad Dig. h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 238.

42) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 10.

43) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 703. S. 415.

44) Auch unser Cod. Pand. membran. Erl. hat die Negation. Doch habe ich darin folgende Variante bemerkt: *Qui familiae erciscundae iudicio agit, non confitetur, adversarium fuisse coheredem.*

45) Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 17. pag. 113. sq.

46) Observation. Lib. IX. Cap. 36.

dem die mehresten[47]) gefolgt sind, erklärt die Stelle so: Wer die Erbtheilungsklage anstellt, räumt dem Beklagten das Miterbrecht nicht schlechterdings ein. Er kann daher, wenn er sich in dem Miterbrechte des Beklagten geirrt hätte, nachher noch immer die Erbschaftsklage anstellen. Anton Faber[48]) hingegen unterscheidet zwischen *supponere* und *fateri*. Wer die Erbtheilungsklage anstellt, räume nicht sowohl ein, daß der Beklagte Miterbe sey, sondern er setze dieses nur voraus. Beruhe nun diese Voraussetzung auf einem Irrthume, so könne daraus kein gültiges Geständniß gefolgert werden. Lauterbach[49]) glaubt hier sogar den Satz entdeckt zu haben, wer die Erbtheilungsklage angestellt hat, kann noch immer pönitiren, und zur Erbschaftsklage übergehen, so lange der Beklagte nicht rechtskräftig für einen Miterben erklärt worden ist. Doch alle diese Erklärungen sind immer noch erträglicher, als die, wenn Franz Hotoman[50]) die Stelle des Scävola von dem Beklagten verstehen will, welcher mit der Erbtheilungs-

47) *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. Lib. X. ad h. L. pag. 435. und in Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad L. Pand. libros Disp. XXII. Th. 9. *Io.* ALTAMIRANUS in Comm. ad Lib. XII. Quaestionum Scaevolae. Tom. II. *Thesauri Meerman.* pag. 514. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficiliora Ex. X. §. 21. pag. 258. *Ant.* SCHULTING Thesium controvers. Dec. XXVIII. Th. 5. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. Nr. XIX. not. a. pag. 305.

48) Rational. in Pand. ad L. 37. D. h. t.

49) Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 9. Dieser Erklärung wird auch Beyfall gegeben in HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3061. not. b. pag. 387.

50) Observation. Lib. V. cap. 1.

klage belangt worden ist, und sie aus der Regel zu erklären sucht, reus excipiendo non confitetur, welchen schon Huber[51]) mit Recht getadelt hat. Scävola dachte sicher daran nicht, was die Ausleger in seinen Worten gefunden haben. Daß ihnen vielmehr ein affirmativer Sinn beyzulegen sey, beweisen, wie ich nochmals bemerken muß, die Basiliken unwidersprechlich, und er ist auch wirklich darin klar genug enthalten, wie unter allen mir bekannten Auslegern einzig und allein Heinrich Johann Arntzenius[52]) richtig gezeigt hat. Man setze nur statt des Puncts nach *coheredem* ein Fragzeichen, und erkläre das *non* durch *nonne*, so ist alle Schwierigkeit gehoben, und das Fragment steht mit der Entscheidung der vorhergehenden *L.* 36. *h. t.* in dem besten Zusammenhange. An sich bedarf wohl diese Emendation keiner weitläuftigen Rechtfertigung. Denn es ist ja bekannt, daß die heutige Interpunction in dem Römischen Gesetzbuche von den Herausgebern desselben herrührt, indem sowohl das Florentinische Manuscript der Pandecten, als alle alte Codices ohne Interpunction Buchstab an Buchstab geschrieben sind. Die Interpunction zu ändern, ist also wohl gewiß die erlaubteste unter allen Emendationen[53]). Nun ist es hier kein gleichgültiger Umstand, daß das vorliegende Fragment aus den *libris Quaestionum* des Scävola genommen ist, in welchen

51) Eunomia Rom. Lib. X. ad L. 37. D. fam. ercisc. §. 1. pag. 435.

52) Specim. Observationum. (*Leovardiae* 1761. 8.) Cap. 3.

53) G. ECKHARDI Hermeneut. iuris Lib. I. §. 75. und *Guil.* BEST Ratio emendandi Leges Cap. I. pag. 9. (edit. *Lipsiae* 1747. 8.) und besonders Cap. VII.

chen dieser Römische Jurist civilistische Rechtsfragen erörtert[54]) und solche, nach dem Beyspiel anderer Rechtsgelehrten[55]), nicht selten fragweise entschieden hat. Unstreitig wollte also Scävola sagen:

Qui familiae erciscundae iudicio agit, *nonne* confitetur, adversarium sibi esse coheredem?

Vergleicht man nun diesen Satz mit der Entscheidung der unmittelbar vorhergehenden *L.* 36 *h. t.* nach welcher eine Erbtheilung, die durch richterliche Adjudication geschehen ist, nicht angefochten werden kann, wenn auch gleich der eine Theil den andern aus Irrthum für einen Miterben gehalten haben sollte; so war es gewiß noch ein Grund mehr, der in der *L.* 37. aus Scävola entlehnt wird, daß die Anstellung der Erbtheilungsklage immer eine Anerkennung des dem Beklagten zustehenden Miterbrechts enthalte[56]). Hieraus erklärt sich nun auch die Weglassung der Negation in den Basiliken. Daß aber *non* für *nonne* ein sowohl den besten Classikern, als auch den römischen Juristen gar nicht ungewöhnlicher Sprachgebrauch sey, haben Scheller

54) S. *L.* 29. §. 4. *D. de lib. et postum.* *L.* 14. *D. de iure codicill.* *L.* 9. *D. de negot. gest.* *L.* 69. §. 3. *D. de eviction.*

55) So z. E. sagt Papinian *L.* 84. *D. de acquir. vel omitt. hered.* Nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? et ideo decreto filio succurrendum est. Eben so Ulpian *L.* 7. §. 1. *D. Quod falso tut. auct.* Quid si compulsus, aut metu, ne compelleretur, auctoritatem adcommodaverit, nonne debebit esse excusatus? Adde et *L.* 4. §. 1. *D. de eo quod certo loc.*

56) S. *Gottl.* HUFELAND Diss. de legum in Pandectis interpretandarum subsidio ex earum nexu et consecut. petendo. §. 23.

ler[57]) und Johann Wilhelm Marckart[58]) aus mehreren Beyspielen[59]) erwiesen.

§. 727.

Wer kann auf Theilung der Erbschaft dringen?

Wer die Erbtheilungsklage anstellen will, muß ferner die freye Disposition über sein Vermögen haben. Denn die Erbtheilung enthält ihrer Natur nach eine Art der **Veräußerung**, und nimmt bald die Natur einer Permutation, bald die eines Kaufs an, je nachdem entweder jeder Theilhaber seinen Antheil in Natur oder im Werthe erhält, und dieser Werth ihm entweder durch andere Sachen, oder in Gelde vergütet wird[60]); kurz sie enthält immer

57) Lateinisch-teutsches Wörterbuch voc. *Non*.

58) Interpretat. receptar. iuris civ. Lection. Lib. II. cap. 11. pag. 243.

59) So z. E. sagt CICERO *pro Rosc. Comoedo.* Cap. 1. NON amentia est? und *in Verrem* IV. 22. NON idem fecit? SALLUST in *Iug.* c. 31. Vos pro libertate, quam ab illis accepistis, NON summa ope nitemini? Man sehe CORTE ad h. l. und DUCKER ad *Florum* Lib. III. c. 21. n. 25. Add LIVIUS IV. 4. V. 53. Ein Beyspiel aus unsern Gesetzen liefert *L. 3. D. de his, quae in testam. delent.* Quid ergo? NON et illud interdum credi potest, eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Auf die nämliche Art erklärt auch *Guil.* BEST in Ratione emend. Leges Cap. XII. §. 11. die *L. 156. §. 2. D. de reg. iur.*

60) *L. 1. C. Commun. utriusq. iud. L. 20. §. 3. D. h. t. L. 77. §. 18. D. de legat. II. Rud. Christ.* HENNE Progr. de hereditatis divisione emtionis vicem sustinente. *Erfordiae 1767.*

immer eine Veräußerung des Miteigenthums am Ganzen gegen einen abgesonderten Antheil. Daher können Pupillen, Minderjährige, gerichtlich erklärte Verschwender, und andere Personen, welche unter der Vormundschaft stehen, nicht für sich auf Theilung provociren [61]). Es ist auch nicht einmal die Auctorität und Zustimmung der Vormünder hierzu allein hinreichend, sondern es muß darüber ein obrigkeitliches Decret ausgewirkt werden [62]). Wäre jedoch die Theilung ohne obrigkeitliches Decret, von den Vormündern allein, aber doch auf eine solche Art geschehen, daß überall eine vollkommene Gleichheit beobachtet worden ist

61) *L. 7. pr. D. de reb. eor. qui sub tut. vel. cura sunt.*

62) *L. penult. Cod. de praed. et aliis reb. minor.* VOET de fam. ercifcunda. Cap. XI. nr. 7. Wenn *L. 20. D. de auct. et conf. tutor.* dennoch die von dem Vormund allein unter den Pupillen vorgenommene Theilung der väterlichen Erbschaft für gültig erklärt, so vereinigt man diese Stelle gewöhnlich mit den übrigen Verordnungen des röm. Rechts so, daß man sagt, zu den Zeiten des Scävola, aus dessen Digesten dieses Fragment genommen ist, sey noch kein obrigkeitliches Decret erforderlich gewesen, weil er vor den Zeiten des Kaisers Severus gelebt habe, durch dessen Oration erst jenes neuere Recht ist eingeführt worden. *L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut.* S. *Pet.* BURGIUS Elector. lib. Cap. 7. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* T. I. pag. 321.) und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. in fin. Allein die Hauptfrage in diesem Gesetz war wohl nur die, ob die Theilung gelte, weil sie nicht schriftlich geschehen sey? und dies war nun freylich an sich kein Grund die Theilung anzufechten, weil ein schriftlicher Aufsatz nicht erforderlich ist. *L. 12. C. h. t.* Daher konnte Tribonian diese Stelle wohl, als geltendes Recht, in die Pandecten aufnehmen, wenn gleich Scävola vor dem Kaiser Sever lebte.

ist, so daß keiner ihrer Mündel weniger erhalten hat, als er nach dem Verhältniß seines Antheils fordern konnte, so kann eine solche Theilung nicht weiter angefochten werden[63]. Ja selbst in dem Falle, da das eine Kind dabey zu kurz gekommen ist, kann dennoch gegen das andere, wenn solches gleichwohl nicht mehr als seinen gebührenden Antheil erhalten hat, die Erbtheilungsklage nicht angestellet werden, sondern das verletzte Kind muß *actione tutelae* gegen den Vormund auf Entschädigung klagen[64]. Dies ist der Fall, den **Paulus** entscheidet, wenn er *L.* 38. *D. h. t.* sagt:

Lucius et Titius fratres emancipati a patre adulti curatores acceperunt: hi communes pecunias ex reditibus redactas singulis subministraverunt: postea omne patrimonium diviserunt, et post divisionem Titia soror Lucio fratri suo coepit quaestionem movere, quasi amplius accepisset, quam ipsa acceperat. Cum Lucius frater eius non amplius sua portione, immo minus, quam dimidiam consecutus sit: quaero, an Titiae competat adversus fratrem actio? PAULUS respondit, secundum ea, quae proponuntur, si Licius non amplius ex reditu praediorum communium accepit, quam pro hereditaria portione ei competeret, nullam sorori eius adversus eum competere actionem.

Dem Satz des Römischen Rechts gemäß, daß Niemand gezwungen werden könne, in der Gemeinschaft zu bleiben,

63) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3062. lit. C.

64) Westphal in dem angeführten System §. 839. S. 511. f.

bleiben, muß sich jeder, welcher zur Theilung aufgefordert wird, auch gegen seinen Willen auf die Klage einlassen, wenn er gleich noch unmündig oder minderjährig ist[65]). Denn die Aufforderung zur Theilung wird in diesem Falle als eine nothwendige Veräußerung angesehen. Daher bedarf hier selbst der Vormund keines obrigkeitlichen Decrets[66]). Sollte jedoch der zur Theilung aufgeforderte Minderjährige gerade mit keinem Vormund versehen seyn, so muß der Kläger zugleich um die Bestellung desselben bitten, wenn diejenigen es unterlassen haben sollten, denen die Pflicht dazu zunächst oblag[67]).

Jenem

65) *L. 43. D. h. t.* Arbitrum familiae ercifcundae vel unus petere poteft. Nam provocare apud iudicem vel unum heredem poffe, palam eft. Igitur et praefentibus caeteris et invitis, poterit vel unus arbitrum petere. Statt *praefentibus* wollen einige lieber *abfentibus* lesen. S. *Rad.* FORNERIUS Rer. Quotidianar. Lib. V. c. 1. (in *Ev.* OTTONIS *Thef. iur. Rom.* Tom. II. pag. 255.) *Gilb.* REGIUS Εναντιοφαν. iuris civ. Lib. I. cap. 16. (ibid. pag. 1487.) *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. h. t. (Tom. II. *Oper.* pag. 238.) und *Io. Guil.* HOFFMANN Meletemat. ad Pand. Disput. XI. ad Lib. X. §. 4. In den *Bafilic.* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 683. lautet die Stelle so: Ο εἷς κληρονόμος καὶ παρόντων καὶ ἀντιλεγόντων καὶ ἀπόντων τῶν ἄλλων, καλῶς κινεῖ τὸ τῆς διαιρέσεως δικαστήριον. i. e. *Arbitrium familiae ercifcundae et praefentibus et contradicentibus, et abfentibus caeteris vel unus recte petit.*

66) *L. 1. §. 2. L. 7. pr. D. de rebus eor. qui fub tut. vel cura funt. L. penult. C. de praed. et aliis reb. minor.* VOET de fam. ercifc. Cap. XI. nr. 10. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 12. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. III. §. 3062. lit. A. THIBAUT Syft. 2. Bd. §. 730.

67) *L. 2. §. 3. D. Qui pet. tutor. L. 4. C. eodem. Ant.* FABER Cod. definit. forens. Lib. III. Tit. 27. Definit. 11. VOET c. l. nr. 11.

Jenem Grundsatz zu Folge kann auch weder ein Vertrag, wodurch der Miterbe auf die Theilung Verzicht leistete, noch ein Verbot des Testirers die Theilung hindern[68]). Nur dann ist ein solcher Vertrag, oder das Verbot des Testirers für gültig zu halten, wenn sie sich blos auf eine gewisse Zeit beschränken[69]); z. B. daß die Erbschaft so lange nicht getheilt werden solle, bis die auf den Gütern haftenden Schulden getilgt seyn würden. Doch würden auch in diesem Falle die Miterben mit ihren Einwendungen gegen die Verordnung des Erblassers billig zu hören seyn, wenn sie einen ihnen daraus entstehenden erheblichen Nachtheil, z. B. eine unbezweifelte Verletzung oder Beschwerung in dem ihnen gebührenden Pflichttheile zu zeigen im Stande seyn sollten[70]).

68) Arg. *L. 70. D. pro Socio L. 14. §. 2. D. Comm. divid. L. 5. Cod. eodem.* HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3065. Nr. IV. *Chr. Henr.* BREUNING Qu. iur. controv. an prohibitio patris in testamento de non dividenda hereditate cum matre coherede impediat divisionem. *Lipsiae* 1772.

69) *L. 14. §. 2. D. Comm. divid. L. 4. pr. D. de condit. institut.* S. Joh. Christ. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 3. St. Nr. 1. oder Nr. 30. der neuern Ausgabe. Im *Code Napoleon* Art. 815. findet sich hierüber die merkwürdige Verordnung, daß der Vertrag, wodurch die Miterben unter sich verabreden, die Theilung noch eine gewisse Zeit lang auszusetzen, nicht über 5 Jahre verpflichtend seyn solle. Er kann jedoch von Zeit zu Zeit erneuert werden. S. ZACHARIAE Handbuch des französischen Civilrechts. 2. Bd. §. 353. Not. 3.

70) S. Quistorps angeführte Beyträge 3. Stück. Nr. 1. S. 8. f. und S. 10.

Eben so wenig steht endlich auch der Erbtheilungsklage die Einrede der Verjährung entgegen, wenn auch die Gemeinschaft noch so lang gedauert hätte, vorausgesetzt, daß sich die Miterben als solche anerkannten, und im gemeinschaftlichen Genusse der erbschaftlichen Güter sich befanden [71]). Hätte hingegen der zur Theilung aufgeforderte Beklagte die Erbschaft allein mit Ausschließung der übrigen dreyßig Jahre hindurch in der Meinung besessen, daß sie ihm ausschließlich gehöre, so kommt ihm allerdings die Verjährung zu statten [72]). Eben dieses würde auch in dem Falle Statt finden, wenn jeder Miterbe seit so langer Zeit einen abgesonderten Theil der Erbschaft in eigenem Namen besessen hätte, ohne daß eine Theilungsurkunde existirt [73]).

Denn

71) S. VINNII Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 34. STRUVII Synt. iur. civ. Exercit. XV. §. 14. Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 706. b.

72) *L. 1. §. 1. Cod. de ann. except.* Io. VOET de familia ercisc. Cap. XV. nr. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 3065. in fin. WESTENBERG Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. h. t. §. 27. MALBLANC Princ. iur. Rom. Tom. II. h. t. §. 458. nr. III.

73) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 33. Hiermit stimmt auch der *Code Napoleon* Art. 816. überein. Jacob von Maleville behauptet zwar in seinem Commentar über das Gesetzbuch Napoleons, übersetzt von Wilh. Blanchard. 2. Band (Cöln 1808. 8.) 3. Buch. 1. Tit. S. 274. f. es sey durch diesen Artikel der vormalige Grundsatz des französischen Rechts, daß nach einem zehnjährigen abgesonderten Genuße die Vermuthung eintrete, es sey eine Theilung geschehen, nicht aufgehoben worden sey. Allein das Gegentheil haben gezeigt *I. B.* DELAPORTE et RIFFÉ-CAUBRAY dans les Pandectes Françaises Tom. VII.

(a *Pa-*

Denn ein schriftlicher Aufsatz ist ohnehin zu einer gültigen Theilung nicht erforderlich[74]).

Noch ist zu bemerken, daß wenn unter den Miterben einige unter einer Bedingung, andere aber unbedingt eingesetzt worden sind, zwar jene, so lange die Bedingung noch pendent ist, auf Theilung zu dringen nicht befugt sind, weil während dieser Zeit die Erbschaft noch nicht angetreten werden kann[75]); dahingegen sind letztere nicht gehindert, zur Theilung unter sich zu schreiten[76]). Es versteht sich jedoch, daß für den bedingt ernannten Miterben eine Sicherheit bestellt werde, damit ihm bey eintretender Bedingung kein Schaden zugefügt werde[77]). Denn die Theilung kann doch in diesem Falle nie anders, als der Rechte desselben unbeschadet, geschehen. Hierauf bezieht sich ohne Zweifel mit der Ausspruch des **Ulpians**, wenn er *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* sagt: Dubitandum autem non est, quin familiae ercifcundae iudicium et *inter pauciores heredes ex pluribus* accipi possit. Tritt die Bedingung nachher noch ein, so kann er nun seinen Erbantheil noch

(a *Paris 1804.*) Liv. III. Chap. 6. §. 313. p. 55. sq. und *Kar. Salom.* ZACHARIAE im Handbuch des französ. Civilrechts. II. Band. §. 353. Not. 2. S. 188.

74) *L. 12. Cod. h. t.* Westphal a. a. O. §. 705.

75) *L. 13. D. de acquir. vel omitt. hered.* HOFACKER Tom. III. §. 3062. nr. I.

76) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 14. und de famil. ercisc. Cap. XI. nr. 15.

77) Westphal in dem angef. System §. 695. und STRECKER Diss. cit. de act. familiae ercisc. §. 7.

an allen erbschaftlichen Sachen pro indiviso fordern[78]. Es ist hier das nämliche Verhältniß vorhanden, wie in dem Falle, da von zwey Miterben der eine bedingt, der andere unbedingt ernannt worden ist. Hier kann der letztere die Erbschaft antreten, und alle und jede erbschaftliche Klagen anstellen, nicht anders, als ob er der alleinige Erbe sey. Er muß aber nachher, wenn die Bedingung existirt, mit dem andern Miterben theilen, in welchem Falle ihm jedoch, wenn etwa die Erbschaft zu der Zeit, als der andere Miterbe sich meldet, noch in den Händen des Dritten sich befinden sollte, gegen welchen er die Erbschaft erstritten hat, die Wahl zusteht, ob er den neuen Miterben mittelst Abtretung der actio iudicati an den dritten Besitzer der Erbschaft verweisen, oder die Sache selbst mit ihm ausmachen wolle. Hierher gehört die Stelle des Venulejus, welcher *L. 7. D. h. t.* sagt: Si heres unus, cum sub conditione adjectum coheredem, aut apud hostes *adjectum eo*[79]) haberet, dixerit se heredem esse, et actione

78) Arg. *L. 17. Cod. famil. ercisc.* VOET de familia ercisc. Cap. XI. nr. 15.

79) Haloander lieset hier für adjectum eo, *addictum*, und Brenkmann macht in dem Gebauerschen *Corp. iuris* hier die Bemerkung, man solle die Worte: *adjectum eo* auf seine Gefahr nur geradezu ausstreichen. Sie wären durch einen Fehler des Abschreibers entstanden. Allein mit Recht vertheidiget die Beybehaltung dieser Worte *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Dissert. XI. ad Lib. X. §. 1. in fin. Das *eo* ist hier soviel als *ei* oder *sibi*, wie es zuweilen bey den Alten vorkommt. IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pandect. pag. 82. leitet es aus der fehlerhaften Uebersetzung des Griechischen her, welches sich auf die schon mehrmals bemerkte Grille dieses Philologen bezieht, worüber ich kein Wort mehr verlieren will.

actione expertus *vicerit*[80]), deinde conditio heredis extiterit; vel postliminio redierit: an victoriae commodum debeat cum eo communicari? nam indubitate iudicati actio ei in solidum competit. Et electionem coheredi dandam, id est, aut communicandam eam, aut experiundi faciendam potestatem huius, qui post victoriam coheredis effectus sit heres, aut reversus sit in civitatem[81]). Idemque observandum, si postea natus

will. Nur das muß ich hier noch bemerken, daß das *eo* in unserm Cod. Pand. membran. Erlang. nicht steht. Es fehlt auch in der Ausgabe des Baudoza.

80) Hier ist anzunehmen, daß die Erbschaftsklage gegen einen dritten Besitzer der Erbschaft war angestellet worden, gegen welchen der Prozeß zwar gewonnen worden ist, in dessen Händen sich aber die Erbschaft noch befindet. S. Westphals System von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 406. a.

81) Mit Unrecht tadelt Westphal a. a. O. S. 419. den *Ant.* FABER, wenn dieser in Rational. ad h. L. diese Worte von dem obsiegenden Theile versteht, daß nämlich diesem die Wahl gestattet werde, den neuen Erben an den dritten Besitzer zu verweisen, oder die Sache mit ihm selbst auszumachen. Daß die Worte *electionem coheredi dandam* von dem Obsieger zu verstehen sind, beweißt nicht nur der ganze Zusammenhang der Rede, sondern diese Erklärung bestärken auch insonderheit die *Basilica* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 667. wo sie so lauten: *Εὰν ἔχων ὑπὸ αἵρεσιν, ἢ παρὰ τοῖς πολεμίοις, ἢ κυοφορούμενον συγκληρονόμον ἐναγάγω, μόνον ἐμαυτὸν εἰπὼν κληρονόμον, καὶ νικήσω, μόνος ἔχω τὴν ἐκ τῆς ψήφου βοήθειαν. ἐπιλογὴν δὲ ἔχω ἢ κοινοποιῆσαι αὐτὴν μετὰ τοῦ συγκληρονόμου, ἢ παρασχεῖν αὐτῷ ἄδειαν ἐναγαγεῖν. οὔτε γὰρ οὗτοι διὰ τῆς σιωπῆς βλάπτονται. μετὰ γὰρ τὴν ψῆφον ἦλθον πρὸς τὸν κλῆρον.* i. e. *Si cum sub*

natus sit postumus: non enim his personis silentium imputari potest, cum ad hereditatem post victoriam coheredis pervenerint.

§. 728.

Gegen wen findet die Erbsonderungsklage Statt? Wie wenn der Miterbe abwesend ist?

Die actio familiae erciscundae kann nur gegen einen Miterben angestellet werden, wenn er auch von der Erbschaft gar nichts besitzt. Paulus sagt ausdrücklich *L.* 25. §. 2. *D. h. t.*

Quantum vero ad accipiendum familiae erciscundae iudicium, nihil interest, *possideat quis hereditatem, nec ne*[82]).

Denn

sub conditione, aut apud hostes aut postumum adjectum coheredem haberem, dixero, me solum heredem esse, et actione expertus vicero, solus habeo sententiae commodum: electio autem mihi datur, ut vel actionem iudicati cum coherede communicem, vel experiundi potestatem faciam: nec enim eis silentium nocet: nam post sententiam ad hereditatem pervenerunt. Auch der griechische Scholiast hat bey den Worten *experiundi potestatem* pag. 697. die richtige Bemerkung gemacht, welche ich hier nur nach der lateinischen Uebersetzung des Fabrotus hersetzen will: *id est, an velit communicare cum eo actionem iudicati adversus victum, an secum, quasi solo herede, agendi potestatem ei, qui heres apparuit, facere.*

82) In den Basiliken Lib. XLII. Tit. 3. Const. 25. §. 1. pag. 675. lautet diese Stelle eben so: *Καὶ ὁ μὴ νεμόμενος τὴν κληρονομίαν, δύναται κινεῖν τὸ τῆς διαιρέσεως δικαστήριον.* Westphal hat daher Unrecht, wenn er in dem angeführten System §. 702. behauptet, die *Basilica* hätten diese Stelle fälschlich von dem Kläger verstanden. Fabrot hat sie nur nicht richtig übersetzt.

Denn es kann seyn, daß der Kläger die Erbschaft ganz allein besitzt, und nicht länger in der Gemeinschaft zu bleiben Lust hat, der Beklagte aber die Theilung nicht geschehen lassen will. Hierdurch unterscheidet sich diese Klage von der Erbschaftsklage, welche nur immer gegen den Besitzer anzustellen ist.

Ist ein Miterbe abwesend, so kann dies die gegenwärtigen Miterben nicht hindern, dennoch zur Theilung der Erbschaft zu schreiten. Es kann indessen freylich die geschehene Erbtheilung dem Abwesenden, der davon nicht benachrichtiget worden ist, keineswegs präjudiciren, sondern es bleibt ihm sein Antheil pro indiviso an allen erbschaftlichen Sachen vorbehalten. Er kann deswegen mit der actione familiae erciscundae oder mit der hereditatis petitione, je nachdem sie ihn entweder für einen Miterben anerkennen, oder nicht, gegen die übrigen Miterben klagen, wenn auch gleich dieselben zu seinem Nachtheil Sachen, die zur Erbschaft gehören, an einen Dritten veräußert hätten [83]).

L. 17. *Cod. h. t.* Coheredibus divisionem inter se facientibus, iuri absentis et ignorantis minime derogari, *ac pro indiviso portionem eam*, *quae initio ipsius fuit*, *in omnibus communibus rebus eum retinere*, certissimum est. Unde portionem tuam cum reditibus *arbitrio familiae erciscundae* percipere potes, ex facta inter coheredes divisione nullum praeiudicium timens.

L. 44. §. 2. *D. h. t.* Si coheredes, absente uno coherede, rem vendiderunt, et in ea re dolo malo fecerunt,

83) S. MEVIUS Part. IV. Decis. 398. und *Hubert.* GIPHANIUS in Explanat. difficilior. LL. Cod. Lib. III. pag. 179.

cerunt, quo plus ad eos perveniret; vel *familiae erciscundae iudicio* praestabunt ei, qui absuit, vel *hereditatis petitione*[84]).

Soll daher die Erbtheilung unangefochten bleiben, so muß der Abwesende, wenn man seinen Aufenthalt weiß, besonders dazu citirt werden, entweder selbst, oder durch einen hinlänglich Bevollmächtigten dabey zu erscheinen. Weiß man hingegen seinen Aufenthalt nicht, und er kann auch durch Edictalcitation nicht ausfindig gemacht werden, so können die gegenwärtigen Miterben bitten, daß dem Abwesenden ein Curator von Obrigkeitswegen bestellet werde. Hat dieser alsdann in die Theilung und Veräußerung eingewilliget, so ist sie auch in Ansehung des Abwesenden für gültig und rechtsbeständig zu halten[85]). Sollte indessen

84) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 12. versteht diese Worte so, daß mit der hereditatis petitione gegen den dritten Besitzer der veräußerten erbschaftlichen Sachen geklagt werden könne. Allein Westphal in dem angef. System §. 697. versteht sie richtiger von dem Falle, wenn die übrigen Miterben dem Abwesenden kein Miterbrecht zugestehen wollen. Daß hier von einem solchen Falle die Rede sey, wo die Erbschaftsklage gegen die Miterben anzustellen ist, bestärken auch die Basiliken, in welchen Tom. V. pag. 683. die Stelle so lautet: Ἐὰν ἀπόντος τοῦ ἑνὸς κληρονόμου οἱ λοιποὶ πωλήσωσι πράγματα, δὲ κατὰ δόλον κερδανώσιν, ἀπαιτεῖ αὐτοὺ ἢ διὰ τῆς τοῦ κλήρου ἀπαιτήσεως, ἢ διὰ τῆς τοῦ κλήρου διαιρέσεως. i. e. *Si absente uno coherede, caeteri res vendiderint, et dolo malo quid lucrifecerint, adversus eos vel petitione hereditatis, vel familiae erciscundae agit.* Man vergleiche noch *L. 20. C. h. t.* und Westphal im angef. System §. 700.

85) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 12. in fin. und MÜLLER ad STRUVII Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 4. not. δ.

indessen der Abwesende eine erweisliche Läsion dabey erlitten haben, so bleibt ihm immer noch übrig, gegen die vorgenommene Theilung die restitutio in integrum ex capite absentiae zu suchen, wenn die Bedingungen der Restitution überhaupt vorhanden sind, und er von seinem Curator keine Entschädigung erhalten kann[86]).

Da übrigens die Erbtheilungsklage ein iudicium duplex ist, so können beyde Theile eben sowohl Kläger als Beklagter seyn[87]). Hat nämlich der Kläger den bisherigen Besitz und die Administration der Erbschaft gehabt, so kann der Beklagte Ablegung der Rechnung und Ersatz der verursachten Schäden fordern. Bey der Erbschaftsklage fordert der Kläger dies nur von dem Beklagten, es würde ungereimt seyn, wenn der Beklagte dies von dem Kläger fordern wollte[88]). Auch in dem Falle ist jeder Theil Kläger und Beklagter, wenn jeder Etwas von der gemeinschaftlichen Erbschaft besitzt, und dasselbe zu theilen sich weigert[89]). Eben deswegen, weil die Erbtheilungsklage ein iudicium duplex ist, sollen beyde Theile einen doppelten Eid für Gefährde schwören, nämlich sowohl den, nicht aus Schikane Klage zu erheben, als auch den, nicht aus Schikane zu läugnen, weil man bey den Theilungsklagen, mehr, wie bey andern Klagen, Schikane besorgte. Paulus

86) WERNHER Select. Observat. for. Tom. II. Part. VII. Obs. 20. Die Klage gegen den Curator ist die *utilis curatelae actio directa*. S. BARDILI Disp. de curatore bonorum absentis. §. 45.

87) *L. 2. §. 3. D. h. t.*

88) S. GASSER Diss. de iudicio duplici. §. 20.

89) S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 3. Band §. 626.

lus lehrt dieses ausdrücklich *L.* 44. §. 4. *D. h. t.* wo er sagt:

Qui familiae erciscundae, et communi dividundo, et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei: et ideo iurare debent, non calumniae causa litem intendere, et non calumniae causa ad inficias ire[90]).

§. 729.

Gegenstand der Klage. Verschiedenheit der bey der Auseinandersetzung einer Erbschaft vorkommender Streitigkeiten. Erfordernisse zur Berichtigung der zu vertheilenden Erbmasse.

Der Gegenstand der Erbtheilungsklage ist eine gemeinschaftliche Erbschaft, und zwar kann die Klage entweder der ganzen noch ungetheilten Erbschaft wegen, oder eines noch ungetheilten Theils derselben, oder auch einzelner noch zu vertheilender Stücke wegen erhoben werden.

L. 32. *D. h. t.* Quae pater inter filios non divisit, post datas actiones vice divisionis[91]), ad singulos pro heredi-

90) Viele halten diese Stelle für interpolirt, weil sie glauben, Justinian habe diese Eide erst eingeführt. *L.* 2. *C. de iureiur. propt. calumn.* S. *Theod. Regn. de* BASSENN in lib. de iureiurando Vet. inprimis Romanor. Cap. IV. §. 19. pag. 232. und *Io. Iac.* WISSENBACH Emblemata Triboniani Cap. II. pag. 31. (edit. *Hal.* 1736. 8.) Allein ohne hinlänglichen Grund, wie *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observation. iur. Rom. Lib. VII. cap. 9. *Io.* WYBO in Triboniano ab Emblematib. Wissenbachii liberato Cap. II. §. 8. pag. 262. ECKHARD in Hermeneutica iuris Lib. I. §. 246. Not. *) und Westphal in dem angef. System §. 675. gezeigt haben.

91) *Post datas actiones vice divisionis* übersetzt Westphal im angef. System §. 687. noch anhängig gewordener Klage zum Behuf

hereditaria portione[92]) pertinent: modo ſi caetera, quae non diviſit, in unum generaliter non contulit, vel res datas non ſequuntur[93]). Das heißt, Sachen, welche der Vater unter ſeine Kinder nicht vertheilt hat, ſind, nach dem Verhältniß ihrer Erbportionen, unter ſie zu vertheilen; ſie müſſen nur nicht etwa einem Kinde als ein Prälegat beſtimmt, oder als Zubehörungen der ſchon vertheilten Sachen anzuſehen ſeyn.

L. 1. *Cod. eodem.* Si non omnem paternam hereditatem ex conſenſu diviſiſti: nec ſuper ea re ſententia dicta, vel transactio ſubſecuta eſt: iudicio familiae erciſcundae experiri potes.

L. 21.

Behuf der Theilung. Allein *actiones* ſind hier nomina, und alſo die Worte vielmehr ſo zu erklären: *poſt nomina, quae pater in bonis habebat, diviſionis vice liberis aſſignata.* S. POTHIER Pandect. Iuſtinianeae Tom. I. h. t. Nr. LIV. not. a. pag. 312. In den *Baſilic.* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 680. ſind dieſe Worte gar nicht überſetzt. Die ganze Stelle lautet daſelbſt ſo: Ἐὰν τινα κατέλιπεν ὁ πατὴρ ἀδιαίρετα, διαιροῦνται αὐτὰ οἱ παῖδες· εἴγε μὴ τὰ ἀδιαίρετα ἐληγάτευσεν ἑνὶ, ἢ παρακολουθοῦσι τοῖς διαιρεθεῖσιν. i. e. *Si pater quaedam indiviſa reliquerit, liberi ea dividunt, modo ſi, quae non diviſit, uni non legavit: vel res diviſas non ſequuntur.*

92) *Pro hereditaria portione* erklärt HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. von den Theilen, die der Vater gemacht hat. Allein es iſt vielmehr von Inteſtaterbtheilen die Rede. Denn die Vertheilung der Güter unter die Kinder hinderte in Anſehung der ungetheilten Stücke die Inteſtaterbfolge nicht. *L.* 21. *C. h. t.* S. Weſtphals angef. Syſtem §. 686.

93) *Res datas non ſequuntur* i. e. quae non ſunt acceſſio et ſequela rerum heredibus adſcriptarum, wie es *Pet.* MARTRESIUS in Notis in aliquod ICtorum reſponſa. Cap. 21. (in Tom. VI. *Theſ. Meerman.* pag. 730.) richtig erklärt.

L. 21. *C. eod.* Si, cogitatione futurae successionis, officium arbitri, dividendae hereditatis, praeveniendo, pater communis iudicio suo, qualicunque iudicio suam declaraverit voluntatem: inter eos, qui ei successerunt, exemplo Falcidiae retentionis habita ratione, familiae dividendae causa datus arbiter: *pro virili praeterea portione eorum* [94]*, quae nulli generaliter adsignavit, facta divisione, in adiudicando patris sequetur voluntatem.*

L. 10. *Cod. Communia utriusque iudic.* Scriptura testamenti, qua specialiter omnia divisa continentur, quominus res, quarum testator non fecit mentionem, heredes inquirere possint, nihil impedit.

Nur denn fällt die Erbtheilungsklage ganz weg, wenn alles getheilt, und nichts mehr vorhanden ist, was zur Gemeinschaft gehört.

L. 9. *C. Commun. utriusq. iud.* Familiae erciscundae vel communi dividundo iudicio ita demum, *si corpora maneant communia*, agi potest.

Sie

94) *Pro virili portione eorum* ist von dem Intestaterbtheil der Kinder zu verstehen, wie aus der Vergleichung der Basiliken erhellet. Da lauten die Worte Tom. V. pag. 693. so: Εὰν ὁ πατὴρ τῶν ἰδίον πραγμάτων διεῖλέ τινα μεταξὺ τῶν παίδων, τινὰ δὲ μὴ διελὼν ετελούτησεν ἀδιάθετος, ἢ καὶ διαθέμενος, ὁ δικαςὴς τὰ μὲν διαιρεθέντα, ὡς ἐμέρισεν ὁ πατὴρ· τὰ δὲ ἀδιαίρετα, πρὸς αναλογιαν τῶν νομίμων μερῶν ὀφείλει διαιρεῖν: i. e. *Si pater quasdam ex rebus suis inter liberos diviserit, quibusdam non divisis, intestato, vel facto testamento decesserit, arbiter divisa quidem, sicut ea divisit pater, indivisa vero pro rata legitimae portionis distribuere debet.*

Sie kann, wenn sie einmal angestellt gewesen, nicht wiederholt werden. Denn sie ist eine actio universalis. Sollten sich auch nachher noch einige zur Erbschaft gehörige Sachen finden, die bey der gerichtlichen Theilung zurückgeblieben waren, so kann derentwegen die Erbtheilungsklage nicht noch einmal angestellet werden, sondern es findet deswegen nur noch die *actio communi dividundo* Statt.

L. 20. §. 4. *D. h. t.* Familiae erciscundae iudicium[95]) amplius, *quam semel*, agi non potest, nisi causa cognita. Quodsi quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest.

Nur der Fall ist auszunehmen, wenn ein abwesender Miterbe bey der Theilung ganz vergessen worden war. Dieser kann, der gerichtlichen Theilung ungeachtet, actione familiae erciscundae klagen[96]).

Sind mehrere Erbschaften unter einerley Partheyen gemeinschaftlich, so kann wegen derselben, wenn sie ihnen auch aus verschiedenen Gründen zustehen, einerley Klage gebraucht, und sie können zusammen in einerley Prozeß gezogen werden. Dieses findet sogar auch dann Statt, wenn bey einer der gemeinschaftlichen Erbschaften noch ein Dritter, als Miterbe, interessirt wäre, wie aus folgender Stelle erhellet.

L. 25.

95) Bandoza lieset *iudicio*. Unser Cod. Pand. membran. hat, wie der Florentinische, *iudicium*.

96) *L.* 44. §. 2. *D. h. t.* *L.* 17. *C. eod.* Von einem solchen Falle ist vielleicht *L.* 20. §. 4. *D. h. t.* zu verstehen, wo es heißt, daß die Erbtheilungsklage, causa cognita, wiederholt werden könne. S. VOET h. t. §. 12.

L. 25. §. 3. *et* 4. *D. h. t.* De pluribus hereditatibus, quae inter eosdem ex diversis caussis communes sint, unum familiae erciscundae iudicium sumi potest. — Si inter me et te Titiana hereditas communis sit, inter me autem et te et Titium Seiana, posse unum iudicium accipi inter tres, POMPONIUS scribit.

In diesem Falle hat jedoch der Richter besonders darauf zu sehen, daß alle Verwirrung vermieden werde. Es ist daher zweckmäßig, jeden der verwickelten Puncte in besondern Schriften verhandeln zu lassen. Bey unbedeutendern Objecten folgt er der Analogie von Klagenhäufungen, um nur soviel in einer Handlung laufen zu lassen, als ohne Verwirrung geschehen kann [97].

Außerdem, daß die Erbtheilungsklage eine oder auch mehrere gemeinschaftliche Erbschaften zum Gegenstande haben kann, können auch die bey der Auseinandersetzung der Miterben entstehenden Streitigkeiten von sehr verschiedener Art seyn. Sie können entweder

1) die **Ausmittelung und Richtigstellung der Masse** selbst betreffen, und entweder über die Collationsverbindlichkeit und den Betrag der Conferenden, oder über Verheimlichung der zur Erbschaft gehörigen Stücke, oder über die Administrationsrechnung, wenn etwa ein Miterbe die Erbschaft ganz oder zum Theil verwaltet hat, oder über Herstellung eines ordnungsmäßigen Inventariums entstehen.

Ehe

97) S. **Gönners** Handbuch des gemeinen Prozesses 4. Band. Nr. LXXVI. §. 5. S. 158.

Ehe nämlich zur Theilung geschritten werden kann, ist es nöthig, daß zuvörderst die Erbmasse berichtiget, das heißt, der ganze Betrag der Erbschaft bestimmt ausgemittelt werde[98]). Dies beruhet auf folgenden Stücken.

I. Es muß alles, was zur Erbmasse gehört, herbeygezogen werden. Aus diesem Grunde muß

1) dasjenige, was ein Miterbe, oder sonst Jemand aus der Erbschaft an sich genommen, und bey Seite geschafft hatte, zur Masse zurückgeliefert werden[99]). Hierzu dient der Manifestationseid, welcher, ohne weitere besondere Bescheinigung der Verdachtsgründe, von allen denjenigen gefordert werden kann, die kurz vor oder nach dem Tode des Erblassers in dem Hause desselben sich aufhielten, und leicht etwas an sich nehmen konnten[100]).

2) Wenn die Miterben Descendenten des verstorbenen Erblassers sind, so ist die Collation dessen, was jedes Kind von dem verstorbenen Ascendenten bey dessen Leben schon erhalten hat, zur Berichtigung der unter sie zu vertheilenden Erbmasse vorzüglich nöthig[1]). Es gründet sich diese Pflicht zur Collation unter Descendenten auf die Vermuthung, daß der verstorbene Ascendent wegen der gleichen

98) Man vergleiche hier vorzüglich Westphals System von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 734. ff.

99) *L. 3. Cod. h. t.*

100) *L. ult. §. 10. Cod. de iure delib.* MALBLANC Doctrina de iureiurando §. 48. pag. 168. sqq. und LANGSDORF de iuramento manifestationis. (*Marburgi et Giessae 1784.* 8.) §. 19.

1) *L. 20. pr. D. h. t. L. 12. L. 16. 17. 18. et 19. Cod. de Collat.*

liebe, welche die Eltern gegen ihre Kinder haben, keines derselben vorzüglich habe begünstigen wollen[2]). Zur Zeit der Pandecten hatte zwar bey der Testaments-Erbfolge der Kinder in das Vermögen des verstorbenen Vaters keine Collation Statt[3]), insofern nicht der Erblasser die Einwerfung ausdrücklich befohlen hatte[4]). Justinian selbst hatte diesen Grundsatz gebilliget[5]). Allein er war es auch, der ihn in der Folge abänderte, und ganz allgemein verordnete, daß Descendenten ohne Unterschied, sie mögen als Intestat- oder Testamentserben succediren, dasjenige, was jeder derselben von dem Erblasser bey dessen Lebzeiten erhalten hat, einwerfen, oder sich auf ihren Erbtheil sollen anrechnen lassen[6]). Die Collationsverbindlichkeit fällt jedoch weg, wo die Gesetze davon befreyen, wohin z. B. dasjenige gehört, was der Vater den Söhnen zum peculio castren-

2) Man vergleiche hier vorzüglich Carl Pfizer über die Collation der Descendenten. Stuttgard 1807. 8.

3) *L. 35. D. fam. ercisc. L. 1. §. 6. D. de collat. bon. L. 6. D. de dot. collat.* Westphal in dem angef. System. §. 754. Pfizer in der angef. Schrift §. 11.

4) *L. 1. Cod. de collat.*

5) *L. ult. Cod. Commun. utriusque iudicii.* Man sehe über dieses Gesetz Westphals System §. 755.

6) *Nov. XVIII. cap. 6.* — Nos sancimus, ne talis praesumtio ullo modo locum habeat: sed *sive quis decedat intestatus, sive testatus,* (quoniam incertum est, oblitusne eorum, quae data sunt, an perturbatione mortis pressus mentionem illius rei non fecerit) omnino collatio aequaliter fiat; *nisi ille expresse disposuerit, se collationem fieri nolle, sed eum, qui a lege conferre cogitur, habere et id quod datum est, et iuribus testamento delatis frui.*

castrensi[7]) oder zum Studiren gegeben hat[8]). Sie fällt ferner auch denn weg, wenn der verstorbene Ascendent die

 Colla-

7) *L. 4. Cod. h. t. L. ult. Cod. de collat.*

8) Die *L. 50. D. h. t.* redet zwar eigentlich nicht von einer Befreyung der Studierkosten von der Verbindlichkeit zur Collation, so wie nämlich die letztere zu Ulpians Zeiten beschaffen war, wo blos der emancipirte Descendent in dem Falle, da er durch seine Concurrenz, als prätorischer Erbe, dem Suo schadete, sein eigenes Vermögen conferirte, was er nach der Emancipation erworben hatte. Denn in Beziehung auf diese, wäre die Frage von einer Collationsverbindlichkeit de lana caprina gewesen, weil, wenn auch die Studierkosten, welche der Vater seinem emancipirten Sohne geschickt hatte, als ein Anlehn zu betrachten wären, dennoch bekannt ist, daß bey der ältern Collation die Emancipirten ihre Schulden an ihrer Activ-Vermögens-Masse in Abzug bringen konnten, ehe sie conferirten. *L. 2. §. 1. D. de collat.* Es muß also nach dieser Ansicht offenbar ein solcher Fall zum Grunde gesetzt werden, wo die Collation nicht eintrat, sondern entweder ex testamento succedirt wurde, oder blos emancipirte Descendenten die Erben waren. Nun erst konnte die Entscheidung ein Interesse haben, daß die Studierkosten dem emancipirten Sohne auf seinen Erbtheil nicht angerechnet werden dürfen, weil die Pietät des Vaters für den Sohn spreche, wofern nicht das Gegentheil erwiesen werden könne, daß nämlich der Vater sie bloß als ein wieder zu erstattendes Anlehn an den Sohn gewendet habe. S. Pfizer a. a. O. §. 123. Da indessen nach dem neuern Collationsinstitut, so wie solches vom Kr. Leo *L. 17. C. de collat.* gebildet, und von K. Justinian erweitert worden ist, jeder, als Intestat oder Testamentserbe, succedirende Descendent, er sey emancipatus oder suus, dasjenige, was er von dem verstorbenen Ascendenten erhalten hat, conferiren muß, so läßt sich hierauf die Entscheidung der *L. 50. D. h. t.* jetzt vollkommen anwenden. Daher ist auch dieselbe in die *Basilica* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. pag. 686. aufgenommen worden.

Collation unter seinen Descendenten verboten hat[9]), welches nach der richtigern Meinung auch stillschweigend geschehen kann, wenn dieser Wille durch concludente Handlungen hinlänglich erklärt worden ist[10]). Es wird hiervon in dem Titel *de collatione bonorum* zu seiner Zeit ausführlicher gehandelt werden.

3) Um die Erbmasse zu berichtigen, muß endlich auch aller Zuwachs, den die Erbschaft seit dem Tode des Erblassers erhalten hat, desgleichen die aus der Erbschaft, sowohl vor als nach der Antretung derselben, erhobenen Früchte und gezogenen Nutzungen; nicht minder der Betrag des von dem einen oder andern Miterben etwa zugefügten Schadens berechnet werden[11]). Es hat auch keinen Zweifel, daß dasjenige zur Theilung gehöre, wovon der Nachlaß erst um des Erblassers Willen das Eigenthum erlangt hat; z. B. diejenigen Sachen, welche zwar der Erblasser noch gekauft hatte, die aber erst nach dessen Tode seinen Erben übergeben worden sind, oder wovon der Erblasser die Verjährung nur angefangen, die Erbschaft aber solche erst vollendet hat[12]).

II. Es

9) *Nov. XVIII. cap. 6.*

10) Man sehe hier vorzüglich Pfizer über die Collation der Descendenten §. 174. u. ff.

11) *L. 16. §. 3. et 4. D. h. t. L. 19. L. 44. §. 3. L. 56. D. h. t. L. 9. et L. 19. Cod. eodem. L. 4. Cod. Commun. utriusq. iudic.* S. Westphal §. 782—788.

12) *L. 9. D. h. t.* Veniunt in hoc iudicium res, quas heredes usuceperunt, cum defuncto traditae essent. Hae quoque res, quae heredibus traditae sunt, cum defunctus emisset.

II. Es muß alles, was nicht zur Erbschaft gehört, davon abgesondert werden, ehe es zur Theilung kommen kann. Dahin gehören die Legate und Prälegate, weil nur das, was die Miterben, als solche, von einander zu fordern haben, zur Erbtheilungsmasse gehört [13]). Abzusondern ist ferner das Eingebrachte der Ehefrau, das eigene Vermögen der Kinder, desgleichen was ein Miterbe vermöge eines besondern Titels als alleiniges Eigenthum besitzt, wenn er auch diese Sachen von dem Erblasser selbst durch Kauf oder Schenkung erhalten hätte [14]).

III. Es muß über den zu vertheilenden Nachlaß ein vollständiges Inventarium errichtet werden [15]). Auf dieses gründet sich nachher die ganze Erbtheilung. Ist daher dasselbe nicht richtig aufgenommen, so kann ganz natürlich auch die Theilung nicht richtig ausfallen. Man versteht

13) *L. 4. L. 20. §. 9. L. 25. §. 22. L. 35. D. h. t.* S. Westphal §. 743. ff. VOET Comm. h. t. §. 8. Das Prälegat kann auch ein Legatum liberationis seyn. *L. 42. D. h. t.* Ist die prälegirte Sache von dem Erblasser verpfändet worden, so muß sie zuvörderst auf gemeine Kosten der Erbschaft eingelößt, und auf solche Art dem Miterben, dem sie prälegirt worden, überlassen werden. *L. 28. D. h. t.* Rem pignori creditori datam, si per praeceptionem legaverit testator: officio iudicis continetur, ut ex communi pecunia luatur, eamque ferat is, cui eo modo fuerit legata.

14) *L. 25. §. 7. et 8. D. h. t.* S. Westphal §. 741. und §. 742.

15) Hiervon handelt ausführlich VOET de familia erciscunda. Cap. 3. vorzüglich aber Fried. Rullmann in dem Versuch einer Anweisung zu dem Inventur- und Theilungsgeschäfte. Frankfurt am Mayn 1789. 4.

steht unter dem Inventarium eine unter gerichtlicher Aufsicht geschehene genaue und specificirte Aufzeichnung aller sowohl zum Activ- als Passivvermögenszustande gehörigen Stücke. Hierzu müssen alle diejenigen vorgeladen werden, welche dabey interessirt seyn können. Sind unmündige Interessenten darunter, so müssen denselben Vormünder bestellt, und diese hinzugezogen werden[16].

IV. Es müssen die erbschaftlichen Sachen taxirt werden, welches durch sachverständige Personen geschieht, die auf das Taxiren verpflichtet sind, oder noch besonders auf die richtige Taxation verpflichtet werden müssen[17]. Diese Taxe muß von jeder Sache nach dem gemacht werden, was die Sache noch ungetheilt und im Ganzen werth ist[18]. Bey Grundstücken kann der Werth, wenn sich die Miterben darüber nicht vereinigen können, per modum subhastationis voluntariae ausgemittelt werden[19]. Werden die Erbgrundstücke bey der Theilung taxirt, so geschieht der Anschlag, nach dem Ertrage der jährlichen Einkünfte, ordentlicher Weise nur zu drey Procent, weil der Anschlag unbe-

16) S. Fried. Rullmanns angeführten Versuch. 1. Theil. §. 19.

17) Rullmann in dem angef. Versuche §. 25.

18) *L. 52. §. 3. D. h. t.* Cum familiae erciscundae agitur, *universae res aestimari debent*, non singularum rerum partes. S. Westphal §. 817.

19) von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtl. Aufsätze insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit. 1. Th. 3. Hauptabth. 4. Hauptst. §. 22. S. 528.

unbeweglicher Güter im Zweifel immer nach dem Mittelwerthe einzurichten ist [20]).

Die bey der Auseinandersetzung einer Erbschaft vorkommenden Streitigkeiten können hiernächst

2) auch die Art der Theilung betreffen, ob nämlich selbige durch das Loos geschehen, ob einem der Miterben dabey ein Vorwahlsrecht zustehen, oder ob einem der Miterben die Güter allein nach einer gewissen Taxe zugeschlagen werden sollen? die hier eintretenden Grundsätze werden in den folgenden Paragraphen vorkommen.

3) Kann auch über die Berechnung der Antheile selbst, und deren Anweisung ein Streit entstehen.

Der Richter lasse sich's hier vorzüglich angelegen seyn, durch Vernehmung der Interessenten genau herzustellen, welche von diesen Puncten unter denselben streitig sind, um das Streitige von dem Unstreitigen abzusondern, und über das Streitige allein die Verhandlungen zweckmäßig einzuleiten. Werden mehrere streitige Puncte zugleich verhandelt, so ist genaue Sonderung in Einleitung der Verhandlungen hauptsächlich nöthig, um alle Verwirrungen in der Verhandlung und in der Rolle der Interessenten zu verhüten. Jeder streitige Punct ist als Klage zu betrachten, wobey dem in Anspruch genommenen Interessenten das letzte Wort gebührt. Jeder Punct erfordert, als besonderer Streitgegenstand, eine besondere Entscheidung, und diese Eigenschaft bleibt unverändert, wenn auch mehrere

20) S. Joh. Ge. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprozesses 3. Th. herausgegeben von Burchardi §. 54. S. 22. f.

rere Puncte in einem Urtheil zugleich entschieden wurden. Es hat dies besonders in Rücksicht der Rechtsmittel erhebliche Folgen, wie Herr Hofrath Gönner[21]) hierbey sehr einleuchtend gezeigt hat.

Ist die ganze Erbtheilungssache durch Uebereinkunft der Interessenten und den richterlichen Ausspruch berichtiget, so wird das Ganze in einen Theilungsreceß gebracht, welcher das Resultat der bisherigen Streitigkeiten, den Betrag der zu vertheilenden Erbmasse, die Anzahl und Größe der Erbantheile, sodann eine specifique Ausweisung enthält, durch welche Erbschafts-Stücke jeder Interessent seinen Antheil erhalten habe[22]).

§. 730.

Untheilbarkeit der Erbschaft. Rechtlich untheilbare Erbschaftssachen.

Sollte die Erbschaft im Ganzen nicht füglich getheilt werden können, so kann der Richter sie einem der Miterben ganz allein, und zwar dem Meistbietenden zuschlagen, und diesem auferlegen, dem Andern seinen Antheil im Gelde zu vergüten[23]). Ist hingegen die Erbschaft im Ganzen

21) Handbuch des gemeinen Prozeßes 4. Band Nr. LXXVI. §. 5. S. 159.

22) Ein Formular eines solchen Theilungsrecesses findet man in Rullmanns angef. Versuch einer Anweisung zum Inventur- und Theilungsgesch[illegible]fte, in den Beylagen Nr. 8.

23) *L. 55. D. h. t.* Si familiae erciscundae vel communi dividundo iudicium agatur, et divisio tam difficilis sit, ut pene impossibilis esse videatur, potest iudex in unius personam totam condemnationem conferre, et adiudicare omnes res.

Ganzen theilbar, so kommt es noch darauf an, ob nicht einzelne Sachen in derselben untheilbar sind. Es können nämlich

I. manche Sachen rechtlich untheilbar seyn, welche ein Gesetz oder Vertrag zur Theilung zu bringen verbietet (*res civiliter individuae*). Dahin gehören

1) Sachen, die ein Privatmann nicht besitzen darf. Z. B. Gifte und verbotene Bücher. Solche Sachen müssen vertilgt, oder dahin gegeben werden, wo kein schädlicher Gebrauch davon zu befürchten ist [24]).

2) Sachen, die durch ein Verbrechen erworben worden sind. Diese müssen ihren rechtmäßigen Eigenthümern ausgeliefert werden [25]), wofern sie nicht dem Fiscus anheim fallen [26]).

3) Urkunden. In Ansehung derselben entsteht die Frage, bey wem die Originale zu verwahren sind? Man unterscheide.

a) Sind

24) *L. 4. §. 1. D. h. t.* Mala medicamenta et venena veniunt quidem in hoc iudicium, sed iudex omnino interponere se in his non debet. Boni enim et innocentis viri officio eum fungi oportet. Tantundem debebit facere et in libris improbatae lectionis, magicis forte, vel his similibus. Haec enim omnia protinus corrumpenda sunt.

25) *L. 4. §. 2. D. h. t.* Westphal §. 732. Es findet jedoch diese Verordnung nur in dem Falle Anwendung, wenn die durch ein Verbrechen erworbenen Sachen noch in Natur vorhanden, nicht wenn sie in die Substanz der erbschaftlichen Güter verwendet sind. S. HUBERI Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 4.

26) *L. 9. D. de iure fisci.*

a) Sind die Urkunden einem der Miterben prälegirt, so müssen sie zwar demselben im Original überlassen werden, es können aber die übrigen Miterben zuvörderst Abschriften davon nehmen, und überdem Caution verlangen, daß ihnen zu aller Zeit, wenn es nöthig ist, auf ihr Verlangen die Originale vorgelegt werden sollen.

L. 8. *pr. D. h. t.* POMPONIUS ſcribit, ſi uni ex heredibus praelegatae fuerint rationes, non prius ei tradendas, quam coheredes deſcripſerint. Nos videbimus, numquid et cautio ſit interponenda: ut, quoties deſideratae fuerint rationes, copia earum fiat? Plerumque enim authenticae rationes ſunt neceſſariae actori ad inſtruenda ea, quae poſtea emergunt, ad notitiam eius ſpectantia. Et neceſſarium eſt, cautionem ab eo ſuper hoc coheredibus praeſtari.

b) Hat der Erblaſſer hierüber nichts verordnet, und die Urkunden betreffen blos perſönliche oder Familien-Verhältniſſe des Erblaſſers, z. B. Adelsbrief, Beſtallungsdecrete, oder genealogiſche Nachrichten, ſo werden dieſe gewöhnlich dem älteſten Sohne, oder dem Chef der Familie, oder dem Haupterben zugetheilt, wofern nicht die Miterben dieſerhalb eine andere Uebereinkunft getroffen haben ſollten [27].

c) Betreffen die Urkunden den Nachlaß überhaupt, wie z. B. das Teſtament, die Berechnungen und Rechnungs-

27) S. MÜLLER ad *Struvium* Exercitat. XV. Th. 8. not. o. in fine. VOET de familia erciſcunda Cap. VI. nr. 20. MYNSINGER Obſervat. Centur. IV. Obſ. 37. nr. 14. GAIL Lib. II. Obſ. 149. nr. 9. in fine.

nungsbücher des Erblassers über sein Vermögen, Schulddocumente, u. d.; so bleiben die Originale bey dem Haupterben, d. h. der an dem Nachlaß den größten Antheil hat, und die übrigen Miterben erhalten nur eine Abschrift davon. Sie können aber Caution verlangen, daß ihnen die Originale zu jeder Zeit, wenn es verlangt wird, vorgelegt werden müssen[28]).

L. 4. §. 3. *D. h. t.* Sed et tabulas testamenti debebit aut apud eum, *qui ex maiore parte heres est*, iubere manere, aut *in aede deponi*[29]). Nam et LABEO scribit, vendita hereditate, tabulas testamenti descriptas deponi oportere. Heredem enim exemplum debere dare: tabulas vero authenticas ipsum retinere, aut in aede deponere.

L. 5.

28) S. MÜLLER ad *Struvium* c. l. Ist jedoch die Caution nicht gleich Anfangs gefordert worden, so findet sie nachher nicht weiter Statt. *L.* 2. *C. de hered. vend.* MEVIUS Tom. II. P. VIII. Decis. 477.

29) Es war bey den Römern gewöhnlich, Kostbarkeiten und insonderheit auch Documente in Tempeln zu verwahren. *L.* 1. §. 36. *D. Depositi. L.* 5. *D. ad Leg. Iuliam peculat. L.* 19. *C. de Usur.* In dem Tempel des Saturns wurden die Gesetze, Bundesacten, und öffentlichen Schätze; in dem Tempel des Friedens die Kostbarkeiten und Reichthümer vieler Privatpersonen; und vorzüglich bey den Vestalinnen die Testamente deponirt. Daher wurden die Tempel von Soldaten bewacht. S. LIPSIUS ad *Taciti* Annal. Lib. I. c. 8. p. 17. HEINECCIUS Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Lib. II. Tit. I. §. 2. not. b. und *Henr. Io.* ARNTZENIUS Miscellaneor. libr. Cap. 13. pag. 134. Heutiges Tages fällt dieses weg, und die Aufbewahrung geschieht in den Gerichten. S. MEVIUS P. V. Decis. 330. not. 6.

L. 5. *D. eodem.* Si quae sunt cautiones hereditariae, eas iudex curare debet, ut apud eum maneant, *qui maiore ex parte heres sit*: caeteri descriptum et recognitum faciant [30]), *cautione interposita* [31]), *ut, cum res exegerit, ipsae exhibeantur.*

Sind

30) So lesen, ausser der Florentine, die meisten Ausgaben. Haloander und Baudoza hingegen lesen: *caeteris descriptum et recognitum faciat.* Eben so hat auch unser Cod. Pand. membran. Erlang. und für diese Leseart streiten die *Basilica* Lib. XLII. Tit. 3. Tom. V. pag. 667. wo es heißt: Ὁ εἰς πλεῖον κληρονομῶν, τὰ δικαιώματα τῆς κληρονομίας κατέχει, καὶ δίδωσιν ἄλλοις ἴσα, ὁμολογῶν ὡς εἰ χρεία γένηται καὶ τὰ αὐθεντικὰ προσκομίζει. i. e. *Qui ex maiore parte heres est, cautiones hereditarias retinet, et caeteris exemplum dat, cavetque, ut cum res exegerit, authenticae exhibeantur.* Nach dieser Leseart müßte also der Haupterbe, welcher das Originaldocument behält, den übrigen eine Abschrift geben. Nach der florentinischen Leseart hingegen müßten die übrigen Miterben selbst Abschrift davon nehmen, wenn sie solche verlangen. Das Erstere, welches der Leseart in den glossirten Handschriften entspricht, behaupten vorzüglich die Practiker. STRYK de caut. contract. Sect. III. cap. IV. §. 13. LAUTERBACH Colleg. th. pract. h. t. §. 17. Das Letztere vertheidigen *Ger.* NOODT in Commentar. ad Pand. h. t. pag. 240. §. *Quid dicemus.* und besonders *Guil.* BEST in Disp. exhib. Conjecturas quasdam ex iure civili. *Traj. ad Rhen.* 1704. Cap. 3. in fin. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 220.).

31) Nach der Stellung der Worte, könnte es scheinen, daß die Miterben dem Haupterben Caution leisten müßten. Allein das wäre ungereimt. Daher sind die Worte: *caeteri descriptum et recognitum faciant*, gleichsam als eine Parenthese zu betrachten. S. *Guil.* BEST cit. Disp. cap. 3. pag. 220.

Sind die Miterben den Antheilen nach einander gleich, so müssen sie sich über die Verwahrung des Originals vereinigen, oder loosen [32]). Es können aber auch die Originaldocumente bey einer gemeinschaftlich oder durch Stimmenmehrheit dazu erwählten Person, oder an irgend einem sichern Orte verwahrlich niedergelegt werden.

L. 5. cit. Si omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet, aut ex consensu, vel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur, vel in aede sacra deponi debent [33]).

Die Licitation hingegen ist durchaus hier kein schickliches Mittel, den Streit zu entscheiden [34]); sondern, wenn die Erben schlechterdings nicht über die Verwahrung der Originalurkunden unter sich einig werden können, so muß der Richter entscheiden, bey wem sie aufbewahrt werden sollen.

32) S. *Frid. Aug.* IUNIUS Diss. de sorte remedio subsidiario causas dubias dirimendi. *Lipsiae 1746.*

33) Die Basilica enthalten hier bey Fabrot Tom. V. pag. 667. eine falsche Leseart: Es heißt nämlich daselbst: Εἰ δὲ πάντες ἐξ ἴσου κληρονομοῦσι, καὶ οὐ συμφωνοῦσι τίνα δεῖ ἔχειν αὐτὰ κληροῦνται, ἢ κατὰ συναίνεσιν, ἢ ψῆφος, παρὰ φίλῳ ἢ ἐν ναῷ ἀποτίθενται. i. e. *Si vero omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiuntur; aut ex consensu, vel suffragio apud amicum deponuntur, vel in aede sacra.* Hier muß unstreitig statt ἢ ψῆφος gelesen werden ἢ ψῆφον, wie auch *Io: Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Disp. XI. ad Lib. X. §. 2. bemerkt hat.

34) *L. 6. D. h. t.*

sollen[35]). Der Richter aber hat hier zunächst die Vorschrift Ulpians zu befolgen, und auf Alter, Ansehen und Geschlecht der Person, welcher die Aufbewahrung anzuvertrauen ist, Rücksicht zu nehmen[36]). Ulpian sagt nämlich *L. ult. D. de fide instrum.*

Si de tabulis testamenti deponendis agatur, et dubitetur, cui eas deponi oportet: semper *seniorem* iuniore, et *amplioris honoris* inferiore, et *marem* feminae, et *ingenuum* libertino praeferemus.

d) Betreffen endlich die Documente nur einzelne Güter, die zum Nachlaß gehören, so kommt es darauf an,

α) ob ein Miterbe das Gut allein erhält, wovon die Urkunde spricht; dann wird ihm auch das darüber vorhandene Document überlassen.

β) Theilen sich hingegen mehrere in ein Grundstück, worüber eine Originalurkunde vorhanden ist, so sind wieder folgende Fälle zu unterscheiden.

aa) Der eine erhält einen größern Theil, als der andere. Dann muß jenem auch das Originaldocument zugetheilt werden, und die übrigen erhalten nur eine Abschrift davon mit der Versicherung, daß ihnen jedesmal das Original, wenn sie es nöthig haben würden, vorgelegt werden solle.

bb) Alle

35) *L. 5. Cod. Commun. utriusq. iudic.* De instrumentis, quae communia fratrem vestrum tenere proponitis, Rector provinciae aditus, apud quem haec collocari debeant, existimabit.

36) S. *Io.* SICHARDI Praelection. in Cod. Tom. I. ad L. 5. Cod. Commun. utriusq. iudicii nr. 2. pag. 680. und MEVIUS P. V. Decis. 330.

bb) Alle erhalten gleiche Theile. Hier ist es, wie bey den gemeinschaftlichen Documenten. Können die Interessenten unter sich nicht einig werden, so wird die Sache durchs Loos entschieden, oder mit gemeinschaftlicher Einwilligung ein Depositar, oder ein Ort zur Verwahrung bestimmt. Es tritt hier die Analogie der *L.* 5. *D. h. t.* ein [37]).

4) Prädialservituten. Diese lassen ebenfalls keine Theilung zu. Denn die Servitut war entweder schon constituirt, und dann ist sie ein Accessorium des Grundstücks, für welches sie erworben worden ist; oder sie war dem Erblasser nur versprochen, und dann steht die Klage jedem Miterben in solidum zu, so wie hinwiederum auch die Erben des verstorbenen Promittenten daraus in solidum verpflichtet sind [38]).

5) Erb-

37) VOET de fam. erciſc. Cap. VI. nr. 19. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3048. D.

38) *L.* 25. *§.* 9. *D. h. t.* An ea ſtipulatio, qua ſinguli heredes in ſolidum habent actionem, veniat in hoc iudicium dubitatur: veluti ſi is, qui viam, iter, actum ſtipulatus erat, deceſſerit: quia talis ſtipulatio per Legem duodecim Tabularum non dividitur, quia nec poteſt? Sed verius eſt, *non venire eam in iudicium, ſed omnibus in ſolidum competere actionem*: et, ſi non praeſtetur via, pro parte hereditaria condemnationem (ſc. *in id, quod intereſt, quod quidem diviſionem recipit*) fieri oportet. (S. POTHIER Pandect. Juſtin. Tom. I. h. t. Nr. XXX. not. m.) — *§.* 10. Contra, ſi promiſſor viae deceſſerit, pluribus heredibus inſtitutis, nec dividitur obligatio, nec dubium eſt, quin duret; quoniam viam promittere et is poteſt, qui fundum non habet. Igitur, quia ſinguli in ſolidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debere, ut ſi quis ex his conventus litis aeſtimatio-

5) Erb- und Familien-Begräbnisse. Diese werden auch nicht zur Theilung angeschlagen, sondern bleiben in der Gemeinschaft der Erben[39]). Endlich zählt Ulpian[40]) zu den rechtlich untheilbaren Sachen noch,

6) Quaestionem de morte testatoris, vel de morte uxoris liberorumque suorum. Es bezieht sich dies auf das ius vindicandae necis defuncti, welches in dem Römischen Rechte den Erben bey Verlust der Erbschaft zur Pflicht gemacht wird[41]). Diese Last liegt dem einen Miterben wie dem andern auf gleiche Weise ob[42]).

§. 731.

Verfahren bey physisch untheilbaren Sachen.

Es können nun

II. einzelne Sachen der Erbschaft auch ihrer natürlichen Beschaffenheit nach untheilbar seyn. (*Res naturaliter individuae.*) In Ansehung derselben ist zu unterscheiden. Der Erblasser hat entweder in seinem letzten Willen erklärt,

nem praestiterit, id pro parte a caeteris consequatur. S. Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 718. u. 719.

39) *L. 30. in fine D. h. t.* verglichen mit *L. 5. et 6. D. de religios.* *Ant.* FABER in Cod. Sabaud. definition. for. Lib. III. Tit. 25. Def. 10. und besonders VOET de familia ercisc. Cap. VII. nr. 16. et 17.

40) *L. 18. §. 1. D. h. t.*

41) *L. 9. Cod. de his, quib. ut indignis. L. 5. §. 3. L. 15. §. 2. D. de SCto Silaniano.*

42) S. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXX. not. a. pag. 308.

klärt, wer von seinen Erben eine solche Sache erhalten soll, oder nicht. In jenem Falle hat er entweder zugleich den Preis festgesetzt, für welchen der Erbe die ihm zugedachte Sache annehmen soll, oder nicht. Im ersten Falle muß dieser Bestimmung nachgegangen werden, wenn auch gleich der angesetzte Werth unverhältnißmäßig klein, oder groß seyn sollte; wofern nur durch einen solchen Ansatz keine Verletzung im Pflichttheile entsteht[43]. In dem letztern Falle hingegen, da der Preis nicht zugleich mit angegeben, auch nicht unentgeldliche Ueberlassung verordnet ist, wird der Ankaufspreis, den der Erblasser dafür gegeben hat, zum Grund gelegt, oder die Sache durch unpartheyische Sachverständige geschätzt[44].

Hat aber der Erblasser über die Vertheilung solcher Sachen nichts bestimmt, und die Erben können auch unter sich darüber nicht einig werden; so werden die Sachen taxirt, hiernach gleiche Portionen gemacht, und diese durch das Loos vertheilt; oder man schlägt die Sache demjenigen unter den Erben zu, der sie um den höchsten Preis anzunehmen sich erklärt[45].

43) *L. 10. C. h. t.* Quoties inter omnes heredes testator successionem suam dividit: *ac singulos certis possessionibus cum mancipiis, quae in eisdem sunt constituta, iubet esse contentos:* voluntati eius (salva Legis Falcidiae auctoritate) obtemperandum esse, manifestum est. Add. *L. 21. C. eodem.*

44) S. H. von Trützschlers Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze, insonderheit über Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit. 1. Th. 3. Hauptabth. 4. Hauptst. §. 22. Not. a.

45) *L. 22. §. 1. D. h. t. L. 26. §. 2. in fin. D. de Legat. I. §. 4. I. de offic. iud.*

Sind die Erben über den Preis einig, und nur einer soviel dafür geben will, als der andere, so gebührt der Vorzug demjenigen, der den größten Antheil an der Erbschaft hat[46]). Haben sie alle gleiche Antheile, so entscheidet das Loos, wer die Sache erhalten soll[47])

Sind aber die Erben über den unter sich gebotenen Preis nicht einig, oder es ist einer den andern mit Gelde abzufinden nicht im Stande; so ist die Sache öffentlich auszubieten. Das Erbgrundstück muß also subhastirt, und an einen fremden Meistbietenden verkauft werden[48]).

Wollen jedoch die Erben die Sache nicht an Fremde verkaufen lassen, und können gleichwohl über die Theilung nicht übereinkommen, so bleibt dem Richter nichts übrig, als durch Bestellung eines abwechselnden Nießbrauchs eine Auskunft zu treffen[49]).

Zu-

46) Arg. *L. 34. §. 2. Cod. de donat.* S. von Trützschler a. a. O. Not. b. S. 529. und *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 110. Es setzt aber dieses voraus, daß der Haupterbe die Sache verlangt. Denn aufzwingen kann man ihm die Sache nicht, weil es eine Wohlthat ist, die Niemandem wider seinen Willen aufgedrungen wird. *L. 69. D. de Reg. iur.* Ueberdem kann Niemand eine Sache zu kaufen genöthiget werden. *L. 11. C. de contrah. emt.*

47) *L. 3. Cod. Communia de legat.* MEVIUS Part. IV. Decis. 397.

48) *L. 3. Cod. Communi divid.* Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 28. WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. VIII. Obs. 303. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 22.

49) *L. 16. §. 2. D. h. t. L. 6. §. 1. D. de Usufr.* S. den 9. Th. dieses Commentars §. 628.

Zuweilen könnte eine Sache zwar wohl unter den Miterben getheilt werden, allein das Interesse eines Dritten erfordert es, daß die Sache einem der Miterben allein zugesprochen werde. Dies ist der Fall, wenn von einer zum Nachlaß gehörigen Sache ein dritter Nichterbe pro indiviso Miteigenthümer ist. Hier ist zwar der Theil, der zur Erbschaft gehört, zum Theilungsgeschäft zu ziehen. Allein es ist Pflicht des Richters, darauf zu sehen, daß die Theilung für den Dritten so wenig, als möglich, lästig werde. Man setze also den Fall, der Erblasser habe mit einem Dritten eine Sache gemeinschaftlich besessen. Hier muß der Richter nicht jedem seinen Antheil, sondern den ganzen Antheil des Verstorbenen an der gemeinschaftlichen Sache einem der Miterben allein zuerkennen, damit der Dritte nicht zu viel Theilhaber erhalte. Eben dies findet Statt, wenn der Erblasser von einer Sache, davon ihm das Alleineigenthum zustand, Jemanden einen Theil pro indiviso vermacht hat, von welcher der übrige Theil zur Erbschaft gehört; oder wenn ein Miterbe seinen Antheil an einer einzelnen zur Erbschaft gehörigen Sache noch vor entstandenem Erbsonderungsproceß an einen Dritten veräußert hat. In Ansehung des Veräußerers gehört zwar der übrige Theil nicht mehr zum Theilungsgeschäft, wohl aber in Ansehung der andern Miterben unter sich; jedoch soll dieser Theil nur einem der Miterben allein zugesprochen werden. Dies ist der wahre Sinn der so sehr mißverstandenen Stelle des Paulus, wenn er *L.* 25. §. 6. *D. b. t.* sagt:

Si testator rem communem cum extraneo habebat, sive rei suae partem alicui legavit, aut heres ante iudicium familiae erciscundae acceptum partem suam

alienavit, ad officium iudicis pertinet, ut eam partem, quae testatoris fuit, alicui iubeat tradi.

Daß hier von drey verschiedenen Fällen die Rede sey, leuchtet in die Augen. Zwar geht die Entscheidung den Worten nach nur auf den ersten Fall. Allein in den beyden letzten Fällen ist gleicher Grund vorhanden, wie Cujaz [50]) gezeigt hat. Voet [51]) fügt noch den wichtigen Grund hinzu: *quod nempe absurdum, immo impossibile sit in tribus istis casibus*, (quibus res defuncto cum extraneo communis fuit, vel defunctus rei suae partem pro indiviso legavit, vel heredum unus ante hoc iudicium partem suam extraneo pro indiviso distraxit) *ut coheredes ex iudicio familiae erciscundae separatas pro diviso acciperent partes partis illius, quae in hereditate inventa fuit, aut remansit heredibus cum legatario, emtore extraneo, vel defuncti socio pro indiviso communis, quamdiu non prius a communione cum extraneo, defuncti socio, aut partis legatario, vel emtore extraneo, recessum fuerit. Atque hinc, si coheredes omnino partis talis non adjudicationem uni faciendam, sed inter se distributionem pro rata desiderare vellent, necesse foret, et prius cum extraneo illo, sive defuncti socio, sive emtore, sive legatario experirentur communi dividundo iudicio; atque ita demum hoc iudicio partis, quae a parte socii vel emtoris vel legatarii iam separata est, exigerent inter se divisionem* [52]). Es ist daher eine ganz falsche Ansicht, wenn

50) Observat. Lib. XXII. cap. 40.

51) Commentar. ad Pand. h. t. §. 23.

52) S. *L. 52. iunct. L. 54. D. h. t. L. 3. pr. Cod. Commun. divid.*

wenn Anton Faber[53]) sich hier einen solchen Fall denkt, wo der Erblasser eine Sache als mit seinem Miterben gemein gehabt, und dieser Miterbe, welcher hier der *Extraneus* seyn soll, dafür zu sorgen habe, daß der Theil des Erblassers, welchen dieser einem Andern vermacht, oder dessen Erbe veräußert hat, dem Dritten wirklich abgeliefert werde, damit er, der Extraneus, von demselben keinen fernern Anspruch zu befürchten habe. Ein solcher Sinn ist aus den Worten des Römischen Juristen schwerlich zu errathen, und es ist auch ganz vergeblich, wenn Faber, um dem Fragment diesen Sinn unterzuschieben, die Worte: *rei suae partem*, in *rei suam partem* verwandeln will, welchen Westphal[54]) schon mit Recht deshalb getadelt hat. Wie wenig diese Critic, die ohnehin von aller Auctorität entblößt ist, Grund habe, beweisen die Basiliken[55]), welche die Richtigkeit der gemeinen Leseart vortreflich bestärken. Die Stelle lautet so: Ἐὰν ὁ διαθέμενος μετὰ ἐξωτικοῦ κοινὸν πρᾶγμα ἔσχεν, εἴτε τοῦ ἰδίου μέρος ληγατεύσῃ, ἢ εἷς κληρονόμος πρὸ τῆς τοῦ διαιρετικοῦ δικαστηρίου προκατάρξεως τὸ ἴδιον ἐκποιήσῃ μέρος· ὀφφίκιόν ἐστι τοῦ δικαστοῦ παραδιδόναι τινὶ τὸ μέρος τοῦ διαθεμένου. i. e. *Si testator rem communem cum extraneo babebat, sive rei suae partem legavit, aut unus ex beredibus ante litem contestatam partem suam alienavit, ad officium iudicis pertinet, ut eam partem, quae testatoris fuit, alicui tradat.* Das diesem Texte in den Basiliken[56]) beygefügte Scholium des

D 4 Cyril-

53) Rational. in Pandect. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 385.

54) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 773.

55) Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Const. 25. §. 5. pag. 675.

56) Tom. V. pag. 708.

Cyrillus setzt des Fabers Verirrung, so wie die Richtigkeit der Leseart und der oben angegebenen Interpretation vollends außer allem Zweifel. Ἐὰν, sagt Cyrill, ἢ ἐπίκοινον πρᾶγμα ἔχῃ ὁ τεςάτορ, ἢ τῦ ἰδίου μέρος ληγατεύσῃ, ἢ εἷς τῶν κληρονόμων πρὸ προκατάρξεως τὸ ἑαυτῦ μέρος ἐκποιήσῃ, τὸ λοιπὸν ὡς θέλει προσκυροῖ ὁ δικαςής. Τὸ πλάτος ὅτως ἔχει. Ἐὰν ὁ διαθέμενος ἢ ἐπίκοινον ἐξ ἀρχῆς πρᾶγμα μετὰ τινος ἐξωτικοῦ εἶχεν, ἢ ἐξ ὁλοκλήρου αὐτῷ διαφέροντος πράγματος μέρος ἐληγάτευσέ τινι, ἢ καὶ τις τῶν κληρονόμων αὐτῦ πρὸ προκατάρξεως τῦ περὶ διαιρέσεως διαφέροντος τὸ μέρος ἐπὶ τῷ κληρονομιαίῳ πράγματι ἐξεποίησέ τινι, ὥςε παντα χόθεν κοινὸν εἶναι μετὰ τινος ἐξωτικοῦ κληρονομιαῖον πραγμα· δικαςὴς ἑνὶ τῶν κληρονόμων προσκυροῦν τὸ μέρος, ὅπερ τὴν τῦ διαθεμένου· εἰ καὶ τὸ ἄλλο μέρος ἀλλότριον τὴν ἐξ ἀρχῆς, ἢ τὸ λοιτὸν τῦ πράγματος ὅπερ εληγατεύθη τινὶ ὑπὸ τῦ τεςάτωρος, ἢ περ ἑνὸς τῶν κληρονόμων αὐτῦ ἐξεποιήθη. i. e. *Si testator rem communem cum alio habebat, vel rei suae partem legavit, vel unus ex heredibus ante litem contestatam partem suam alienavit, iudex eam partem, quae mansit in hereditate, ut vult, adiudicat. Textus integrior Digestorum sic habet. Si testator ab initio rem communem cum extraneo habebat, vel rei in solidum suae partem alicui legavit, aut unus ex heredibus ante litem contestatam rei hereditariae partem suam alicui alienavit, ita ut his omnibus casibus res communis sit cum extraneo, iudex potest uni ex heredibus partem, quae testatoris fuit, adiudicare, licet pars alia alterius esset ab initio, vel alteram partem rei, quae a testatore alicui legata est, aut ab uno ex heredibus alienata est.* Es erhellet zugleich aus dieser Paraphrase, daß die Worte *iubeat tradi*, nichts anders als *adiudicet* bedeuten,

wenn

wenn gleich Janus a Costa[57]) zwischen *iubere tradi* und *adiudicare* einen Unterschied machen will.

§. 732.

Findet bey Activ- und Passiv-Schulden eine Theilung Statt?

Es giebt Sachen, die darum keiner Theilung unterworfen sind, weil sie schon von Natur, oder von den Gesetzen selbst getheilt sind. Besteht nun die Erbschaft aus lauter solchen Sachen, die von einander schon an sich abgesondert sind, so fällt die Theilungsklage alsdann hinweg. Paulus führt hiervon zwey treffende Beyspiele an, wenn er *L.* 25. §. 1. *D. h. t.* sagt:

Si miles alium castrensium, alium caeterorum bonorum heredem fecerit, non est locus familiae erciscundae iudicio: divisum enim est per constitutiones inter eos patrimonium. Quemadmodum cessat familiae erciscundae iudicium, cum nihil in corporibus, sed omnia *in nominibus* sunt.

Zu den Sachen, welche schon ipso iure unter den Miterben getheilt sind, gehören vorzüglich die Activ- und Passiv-Schulden der Erbschaft. Jeder kann nach dem Verhältniß seines Erbtheils die Schuldner der Erbschaft belangen, jeder der Miterben kann aber auch nach eben diesem Verhältniß von den Gläubigern der Erbschaft belangt werden, ohne daß es deshalb einer weitern Theilung bedarf. Schon die Gesetze der zwölf Tafeln hatten diesen Grundsatz aufgestellt: *Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cita sunto*; und der Kr. Gordian bestättigte denselben L. 6. *Cod. h. t.* wo es heißt:

Ea,

57) Commentar. ad §. 4. I. de officio iudic. pag. 616. sqq.

Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem: *cum ipso iure in portiones hereditarias ex Lege duodecim tabularum divisa sint.*

Jedoch ist dieses nur von der actio personalis zu verstehen. Denn ist der Activ- oder Passiv-Schuld wegen ein Pfandrecht bestellet, so ist dieses seiner Natur nach untheilbar [58]). Wenn daher auch ein Miterbe seinen Antheil an der Schuld bezahlt hätte, so bleibt die Pfandverbindlichkeit dennoch auf der ganzen Sache haften, und der Gläubiger kann noch immer auf den Verkauf des Pfandes dringen [59]), als welcher nur durch die Bezahlung der ganzen Schuld abgewendet werden kann [60]). Eben so ist es, wenn der Schuldner der Erbschaft auch dem einen Miterben seinen Antheil bezahlt hätte. Dies kann die übrigen Miterben nicht hindern, dennoch auf den Verkauf des Pfandes zu dringen, weil das Pfand einem jeden derselben in solidum haftet. Sie müssen jedoch dem Schuldner das, was er dem einen Miterben schon bezahlt hat, wieder erstatten [61]). Ist dem Erblasser eine Sache zum Pfande gegeben, so kann zwar ein solches Pfand in so weit zur Theilung kommen, daß es einem der Erben allein zugeschlagen werden kann. Es muß aber derselbe die übrigen Miterben wegen ihrer Antheile befriedigen. Dann kommt es auf ihn

58) *L. 1. et 2. Cod. Si unus ex plurib. heredib.*

59) *L. 8. §. 2. D. de pigner. act.*

60) *L. 25. §. 14. D. h. t.*

61) *L. 11. §. 4. D. de pign. act.* S. Westphals Versuch einer syst. Erläuterung der röm. Gesetze vom Pfandrecht §. 33. Not. 52. S. 82. f.

ihn an, ob er die Einlösung des Pfandes abwarten, oder den Schuldner auf die Bezahlung der ganzen Schuld verklagen will. Dies muß sich der Schuldner gefallen lassen, und der Kläger bedarf deshalb nicht einmal von den übrigen Miterben einer Cession, weil er, wegen der geschehenen Adjudication, gleichsam als ein Anwald des Schuldners zu betrachten ist, für den er die Schuld zum Theil bezahlt hat. Anders wäre es, wenn der Miterbe nicht durch Adjudication, sondern durch einen freyen Kauf von den übrigen Miterben deren Antheile erhandelt hätte. Hier würde ihm eine Klage auf die Bezahlung der ganzen Schuld ohne Cession nicht zustehen, und selbst auch bey der Adjudication alsdann nicht, wenn der Miterbe nicht sowohl durch die angestellte Versteigerung wäre genöthiget worden, das Pfand auf seinen Antheil anzunehmen, sondern sich dazu gedrängt, und andere Miterben mit Gelde überboten hätte, um nur das Pfand in die Hände zu bekommen. Denn in diesem Falle ist die Adjudication von einem freyen Kaufe nicht unterschieden [62]).

Der

62) *L. 29. D. h. t.* Si pignori res data defuncto sit, dicendum est, in familiae erciscundae iudicium venire. Sed is, cui adiudicabitur, in familiae erciscundae iudicio pro parte coheredi erit damnandus: nec cavere debet coheredi, indemnem eum fore adversus eum qui pignori dederit; (d. h. der andere Miterbe, der seine Bezahlung erhalten hat, braucht demjenigen Erben, dem das Pfand adjudicirt worden ist, keine Caution zu leisten, daß er die Bezahlung der ganzen Forderung von den Schuldner erhalten solle. Denn dieser kann den Besitzer des Pfandes anders nicht actione pigneratitia directa belangen, als wenn er demselben die ganze Schuld bezahlt. Der Besitzer kann ihm sonst die exceptio doli entgegensetzen.) quia pro eo erit, ac si

Der Satz, daß Activ- und Passiv-Schulden unter den Miterben ipso iure getheilt sind, hat übrigens sehr wichtige Folgen. Dahin gehört,

1) daß

si hypothecaria vel Serviana actione petita litis aestimatio oblata sit: ut et is, qui obtulerit, adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque, si is heres, cui pignus adiudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit: adiudicatio enim necessaria est, emtio, voluntaria: nisi si obiiciatur creditori, quod animose licitus est. Sed huius rei ratio habebitur: quia, quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset: et eius, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori.

Ich will mich hier nicht bei der schiefen Interpretation des Anton Fabers in Rational. ad Pand. h. L. und der von ihm unternommenen unzeitigen Emendation des Textes aufhalten, da Westphal in dem angeführten System §. 825. schon den Ungrund derselben deutlich vor Augen gelegt hat. Die *Basilica*, welche Faber bey seinen Interpretationen ganz vernachläßiget hat, hätten ihn hierüber deutlichen Aufschluß geben können. Hier lautet die Stelle Tom. V. pag. 679. folgendermassen: Τὸ ἐνεχυρασθὲν τῷ τελευτήσαντι δυνατὸν ἑνί προσκυροῦσθαι, διδὸντι τὴν ἀναλογίαν τῷ συγκληρονόμῳ, καὶ ἐκ ἀσφαλίζεται παρ. αὐτῦ, ὡς ἀζήμιον αὐτὸν ὁ χρεώστης ποιῆι. ἔοικε γὰρ τῷ εναχθέντι τῇ ὑποθηκαρίᾳ, καὶ παρασχόντι τὴν τῆς δίκης διατίμησιν. ἔχει γὰρ παραγραφὴν, καὶ εἰς ὁλόκληρον ἀγωγὴν κατὰ τῦ χρεώστου. εἰ μὴ ἄρα ὑπὲρ τὸ δέον ὑπερεθεματισεν. ὡς γὰρ ἐντολεὺς τῦ χρεώστου δοκεῖ πράττειν, καὶ ἔχει ἀγωγὴν, ἐφ᾽ οἷς ἐξ ἀνάγκης ἐδαπάνησεν. ὀυ ταὐτόν ἐστιν ἐπὶ δανειστοῦ τὸ ἕτερον μέρος ἀγοράσαντος. j. e. *Res pignori data defuncto uni adjudicari potest, qui pro portione sua pecuniam debitam coheredi solvit, neque cautionem exigere potest de indemnitate adversus debitorem: nam ei simillis*

sse,

1) daß durch die von dem Gläubiger gegen den einen Miterben zu seinem Antheile angestellte Schuldklage die Verjährung derselben in Ansehung des andern Miterben nicht unterbrochen werde, so wie im Gegentheil die von dem einen Miterben zu seinem Antheil gegen den Schuldner angestellte Klage, dem andern Miterben zur Unterbrechung der etwa gegen ihn angefangenen Verjährung der Klage nichts nützt. *Quae enim ipso iure divisa sunt, ut debita hereditaria, sigillatim praescribuntur, et separatis actionibus petuntur* [63]).

2) Wenn nach der Erbtheilung einer der Miterben insolvent wird, so geht dieses diejenigen Miterben, die ihre Antheile an der Schuld bezahlt haben, nichts an; diese sind für jenen zu haften nicht verbunden [64]).

Ob nun gleich eigentlich die Activ- und Passivschulden ipso iure getheilt sind; so kann doch zuweilen der Richter die Schulden den einzelnen Miterben ganz zuerkennen, wenn nämlich die partielle Eintreibung oder Bezahlung der Erb-

est, qui convenitur hypothecaria, et litis aestimationem praestitit; habet enim exceptionem, et in solidum actionem adversus debitorem: nisi forte immoderatius rem licitus fuerit: quasi enim procurator debitoris agere videtur, et eius, quod propter necessitatem impendit, ei actio est. Non idem est, si creditor alteram partem emerit.

63) S. *Io. Henr.* BERGERI Resolutiones Legum obstant. h. t. Qu. I. et ad eand. Animadversion. pag. 166. sqq.

64) Arg. *L. 33. pr. D. de legat. II.* Vid. *Franc.* BALDUINI Commentar. de Legib. XII. Tabular. Cap. 32. pag. 157. sqq. (edit. *Basil.* 1557. 8.) HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 3056. besonders VOET in Comm. h. t. §. 26.

Erbschaftsschulden mit Nachtheil und Weitläufigkeiten verknüpft seyn sollte[65]). **Cajus** sagt *L.* 3. *D. h. t.*

Plane ad officium iudicis nonnunquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido, aliis alia attribuat, quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet.

Diese Pflicht liegt dem Theilungsrichter auch besonders alsdann ob, wenn der Testator selbst einem oder dem andern Miterben allein gewisse Schuldforderungen zugetheilt, oder gewisse Schulden allein zu bezahlen auferlegt hat. Denn daß der Richter bey der Vertheilung der Erbschaft die Verordnung des Testirers befolgen müsse, hat keinen Zweifel[66]). In diesem Falle kann nun auch der Schuldner demjenigen Erben die Schuld ganz bezahlen, dem sie der Testirer zugetheilt hat, ohne von Seiten der übrigen Miterben einen weitern Anspruch befürchten zu dürfen, als gegen welche er sich immer mit der exceptione doli schützen kann.

L. 1. *Cod. de exceptionib.* Debitores quidem hereditarii unicuique heredum pro portione hereditaria antiqua lege obligati sunt. Sed si eis heredibus omnem pecuniam exsolvisti, quibus nomen patris tui testator in divisione adscripserat, *doli mali exceptione* adversus alios agentes tueri te potes.

Damit aber auch der Erbe gegen den ihm angewiesenen Schuldner auf die Bezahlung der ganzen Schuld kla-

gen

65) *Christ. Lud.* CRELLII Diss. de divisione nominum in iudicio familiae erciscundae interdum necessaria. *Vitembergae* 1743.

66) *L.* 4. *pr. D. h. t. L.* 32. *D. eod. L.* 21. *Cod. eodem.*

gen könne, müssen die übrigen Miterben ihm ihre Rechte cediren, und es kann selbst die Erbtheilungsklage mit darauf gerichtet werden, daß diese Cession geschehe [67]. Der Cessionar klagt alsdann gegen den Schuldner theils in eigenem, theils im Namen der übrigen Miterben, als Bevollmächtigter derselben [68]). Sind hingegen erbschaftliche Schulden einem der Miterben ganz von dem Erblasser auferlegt, oder von richterlichen Amtswegen zugetheilt [69]); so sind zwar die Gläubiger eine solche Theilung anzuerkennen, nicht gezwungen. Denn man kann ihnen wider ihren Willen keinen andern Schuldner aufbürden. Ihnen bleibt daher die freye Macht, jeden der Miterben auf seinen Antheil zu belangen [70]). Will jedoch der Miterbe die übernommene ganze Schuld dem Gläubiger allein bezahlen, so ist letzter solche anzunehmen schuldig, ob er gleich selbst auf die ganze Schuld gegen diesen Miterben allein nicht klagen könnte [71]). Denn der Gläubiger hat kein Interesse dabey, warum er die Zahlung nicht annehmen wollte. Dahingegen kann er darum nicht die Bezahlung der ganzen Schuld von dem einen Miterben allein verlangen; weil ihn die geschehene Zutheilung, als eine res inter alios acta, nichts angeht, die obligatio aber unter den Miterben ipso iure getheilt ist [72]). Allein unter den Miterben ist eine solche

Ab-

67) *L. 2. §. 5. D. h. t. L. 108. §. 13. D. de legat. I.*

68) *L. 3. D. h. t.*

69) Beyspiele hiervon kommen vor. *L. 20. §. 3. 5. et 8. D. h. t. L. 34. §. 3. D. de legat. III. L. 7. §. 3. D. de liberat. legata.*

70) *L. 20. §. 3. D. h. t.*

71) *L. 69. §. 2. D. de legat. I.*

72) S. CRELL cit. Diss. §. 4.

Adjudication von Wirkung. Es können daher nicht nur die übrigen Miterben den Erben, welchem die Schuld zugetheilt worden ist, zwingen, daß er sie, der Adjudication, oder dem Willen des Erblassers gemäß, ganz bezahle [73]; sondern sie können auch, wenn sie ihre Antheile dem Gläubiger haben bezahlen müssen, durch die Erbtheilungsklage das Bezahlte zurückfordern [74].

Hieraus erklärt sich nun, wenn Cajus in der oben angeführten *L.* 3. *D. h. t.* fortfährt:

Nec tamen scilicet haec attributio illud efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur: sed ut, sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat [75]: sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas [76]) maneat creditoribus cum singulis

73) *L. 18. §. 4. et L. 20. §. 3. D. h. t. L. 69. §. 2. D. de legat. I. L. 34. §. 3. D. de legat. 3. L. 7. §. 3. D. de liberat. leg.*

74) *L. 20. §. 5. D. h. t.* Westphal §. 715. und §. 716.

75) Statt *agat*, wie die Florentine lieset, haben Haloander, und Baudoza *agatur*. Eben so lieset auch der Cod. Pand. membran. Erlang.

76) In der Florentinischen Ausgabe steht *potestas* ESSE *maneat*. Allein das *esse* fehlt bey Haloander, Baudoza, Hugo a Porta, und in mehreren andern Ausgaben. In dem Cod. Pand. Erl. steht es ebenfalls nicht. *Guil.* BEST Ratio emendandi Leges Cap. XV. §. 12. will statt esse, *est et* maneat, lesen. Allein das *esse* ist wohl unstreitig ein Fehler des Abschreibers, wie Brenkmann in der Gebauerschen Ausgabe mit Recht bemerkt.

lis experiundi: tamen et his libera potestas est, suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio iudicis translata sunt[77]).

Hat der Erblasser einem der Miterben allein gewisse Schulden auferlegt, so kann ihn zwar der Theilungsrichter nöthigen, diese Last, dem Willen des Erblassers gemäß, zu übernehmen; es gehört aber auch in diesem Falle zum Amte des Richters, darauf zu sehen, daß diesem Miterben durch Uebernehmung der ihm zugetheilten Schulden nicht der ihm gebührende Pflichttheil, wenn es ein Notherbe ist, oder, wenn es ein anderer Erbe ist, die Falcidische Quarte verletzt werde[78]). Ob nun gleich die Gläubiger deswegen nicht schuldig sind, sich gerade an den von dem Erblasser ihnen angewiesenen Erben allein zu halten, sondern, wie bereits oben bemerkt worden ist, die freye Macht und Gewalt behalten, auch die übrigen Erben pro rata zu belangen;

77) In den *Basilic.* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Const. 3. pag. 666. sind die letzten Worte so ausgedrückt: *ει γὰρ καὶ μετὰ τὴν προσκύρωσιν, ἄδειαν ἔχουσιν οἱ δανεισαὶ πᾶσιν ἐνάγειν, ὅμως καὶ αὐτοῖς ἐφεῖται διὰ ἐντολέων δικάζεσθαι ὀφφικίῳ τοῦ δικαςοῦ.* i. e. *Nam licet post adiudicationem libera potestas maneat creditoribus cum omnibus experiundi, tamen et his libera potestas est per procuratores litigandi officio iudicis.*

78) *Videtur enim ceteris coheredibus*, sagt CRELL in Diss. cit. de divisione nominum in iud. fam. ercisc. interdum necessaria §. 4. pag. 26. LIBERATIO LEGATA *esse, si uni aes alienum a testatore iniunctum sit, ut reliqui hoc onere leventur. Sed constat, per legata nec legitimam portionem heredum, neque quartam Falcidiam extraneorum ita imminui omnino posse, ut legitimo lucro exuantur.*

gen; so findet doch in dem Falle eine Ausnahme Statt, wenn einem Gläubiger seine Forderung, als ein legatum debiti, dergestalt vermacht worden ist, daß er sich deswegen an einen der Miterben allein halten solle. Hier kann der Gläubiger bloß den ihm angewiesenen Erben in Anspruch nehmen, wenn er das Legat fordern will, und dann braucht freylich auch den andern Miterben keine Sicherheit wegen der Schadloßhaltung bestellt zu werden. Sollte er indessen, wozu ihn denn auch Niemand nöthigen kann, das Legat nicht annehmen, und daher, welches ihm allemal noch freysteht, seine habende Forderung, ohne Rücksicht auf das Legat, verfolgen; so bleibt es bey der Regel. Der zur Bezahlung der Schuld angewiesene Miterbe behält dennoch diese Last, dem Willen des Erblassers gemäß, auf sich, und muß daher den übrigen das, was sie zu ihrem Antheile dem Gläubiger haben bezahlen müssen, wieder erstatten[79]). Dies, dünkt mir, ist die ganz richtige Entwickelung der von Jensius[80]) und Anton Faber[81]) ganz falsch verstandenen Stelle der *L.* 20. §. 5. *D. h. t.* wo es heißt:

Papinianus ait: Si uni ex heredibus onus aeris alieni iniungitur *citra speciem legati*, officio iudicis familiae erciscundae cognoscentis suscipere eum id oportere: *sed non ultra dodrantem portionis suae, ut quadrantem illibatum habeat.* Indemnes igitur coheredes suos praestare cavebit.

In

79) S. Westphals angef. System §. 723.

80) Strictur. ad Rom. iuris. Pandect. pag. 84.

81) Rational. in Pandect. ad h. L.

In den Basiliken[82]) findet sich zur Erläuterung dieser Stelle nichts. Es heißt blos:

Εαν ενὶ τῶν κληρονόμων ἐπιβληθῇ τὸ βάρος τῶν χρεῶν, ἀσφαλίζεται, ὅτι δίδωσιν αὐτὰ, σωζομένου μέντοι αὐτῷ τȣ̃ τετραȣγκίου τȣ̃ ἰδίȣ μέρους. i. e. *Si uni ex heredibus onus aeris alieni iniungitur, cavet se exsoluturum, salvo tamen triente portionis suae.*

Allein Cyrillus hat in den Scholien der Basiliken folgende Paraphrase, welche ich blos nach der Uebersetzung des Fabrots[83]) hier anführen will:

Testator quidam uni ex heredibus omne onus aeris alieni iniunxit, nec verbis legati nec fideicomissi usus; fortasse enim dixit, creditores mei a solo Titio debita sibi recipiant. Interrogatus Papinianus, qua actione Titius compelli posset a coheredibus, ut omne aes alienum dissolveret, respondit, competere eis iudicium familiae erciscundae. Quo instituto iudicis erunt partes, ut eum compellat, retento quadrante institutionis suae in rationem Falcidiae semissem eius cum caetero quadrante creditoribus meis praestare: quia falcidiam testator deminuere non potest.

Uebernimmt ein Miterbe durch Vertrag eine Schuld allein, so gilt zwar eine solche Uebereinkunft zwischen den Miterben, nicht aber zum Nachtheil der Gläubiger, als welchen ihr Recht, gegen jeden der Miterben nach Proportion ihres Erbtheils zu klagen, ohne Novation nicht entzogen werden kann[84]). Es gehören hierher folgende Stellen.

82) Tom. V. pag. 673.

83) Tom. V. Βασιλικῶν. pag. 704.

84) VOET h. t. §. 27.

L. 2. §. 5. *D. h. t.* In hoc iudicium, etsi nomina non veniunt, tamen si stipulationes interpositae fuerint de divisione eorum, ut stetur ei, et ut alter alteri mandet actiones, procuratoremque eum in suam rem faciat, stabitur divisioni.

L. 23. *C. h. t.* Licet pacto divisionis adversus singulos actio pro hereditariis portionibus creditori parata mutari non possit: tamen ad exhibendam fidem his, quae convenerant, stipulationis et iuris adhibito remedio, qui placitum excedit, urgeri potest: cum et hoc omisso, si non contrarium convenisse probaretur, praescriptis verbis conveniri potuisset.

L. 40. §. 2. *D. de pactis.* Post divisionem bonorum et aeris alieni singuli creditores a singulis heredibus, non interpositis delegationibus, in solidum, ut convenerat, usuras acceptaverunt: actiones, quas adversus omnes pro partibus habent, impediendae non erunt: si non singuli, pro fide rei gestae, totum debitum singulis offerant.

L. 25. *C. de pact.* Debitorum pactionibus, creditorum petitio nec tolli, nec mutari potest.

Sollten auch einige von den Gläubigern den Theilungsvertrag der Miterben anerkannt haben, so sind doch die übrigen daran nicht gebunden, sondern diese können gegen jeden der Miterben noch immer nach Verhältniß ihres Erbtheils klagen. *Res enim inter alios gestae aliis praeiudicium facere non possunt* [85].

Stehen

85) *L.* 1. *Cod. Inter alios acta.* etc.

stehen Capitalien mißlich, so daß schon zur Zeit der Theilung Gefahr ist, daß sie verlohren gehen könnten, so werden solche einstweilen auf gemeinschaftliche Gefahr noch in Gemeinschaft behalten, und auf gemeinschaftliche Kosten beygetrieben [86].

§. 733.

Principien in Absicht auf die Bestimmung der Erbtheile. Kührecht.

Die Erbtheilungsklage muß übrigens, als eine Universalklage, so verhandelt werden, daß durch das richterliche Erkenntniß nicht nur jeder der Miterben, die sich gemeldet haben, und getheilt seyn wollen, seinen Antheil erhalte, sondern auch der ganze Nachlaß dergestalt vertheilt werde, daß nichts übrig bleibt. Ist das Erkenntniß nicht auf die ganze Erbmasse gerichtet, oder die Theilung nicht unter den sämmtlichen Miterben geschehen, so ist alles nichtig, was in der Erbtheilungssache erkannt worden ist.

PAULUS *Lib. I. Sententiar. Receptar. Tit.* 18. §. 2. et 4. [87]) De omnibus rebus hereditariis iudex cognoscere debet, celebrata divisione, ut semel de omnibus pronunciet. — Iudex familiae erciscundae nec inter paucos coheredes, sed *inter omnes* dandus est; *alioquin inutiliter datur*.

L. 25. §. 20. *D. h. t.* Iudex familiae erciscundae nihil debet indivisum relinquere.

 L. 27.

86) S. von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förmlichen Abfassung rechtlicher Aufsätze. 1. Th. 3. Hptabth. 4. Hptst. §. 23. S. 530.

87) In SCHULTINGII Iurispr. Antejust. pag. 258.

L. 27. D. eodem. In hoc iudicio condemnationes et absolutiones in omnium persona faciendae sunt: et ideo, si in alicuius persona omissa sit damnatio, in caeterorum quoque persona, quod fecit iudex, non valebit: quia non potest ex uno iudicio res iudicata in partem valere, in partem non valere.

Viele [88]) erklären zwar diese Stelle mit Cujaz [89]) blos von persönlichen Leistungen, weil die Theilung der Sachen selbst durch Adjudication und Condemnation geschieht. Allein der angeführte gesetzliche Grund ist allgemein, und geht auch auf die Theilung der Sachen selbst. Es kann indessen nur von solchen Sachen die Rede seyn, die den Gegenstand der Klage ausmachten. Denn sollten sich in der Folge noch Sachen finden, die zur Erbschaft gehören, und also nicht zur Theilung gekommen waren, so entsteht daraus keine Nichtigkeit dessen, was der Erbtheilung wegen schon erkannt worden ist, sondern es kann nur noch wegen der übrigen Sachen communi dividundo geklagt werden [90]). Erstreckt sich die richterliche Sentenz auf die ganze Erbschaft, es sind aber Sachen mit zur Theilung gezogen worden, die kein Gegenstand der Theilungsklage waren, noch seyn konnten; so ist deswegen das Erkenntniß nicht ganz ungültig, sondern es gilt nur in An-

88) *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. I. cap. 38. *Io.* VOET Commentar ad Pand. h. t. §. 25. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 241. *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Decad. XXIX. Th. 7. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XCVI. not. i. pag. 320.

89) Observation. Lib. XXIII. cap. 1.

90) *L. 20. §. 4. D. h. t.*

Ansehung dieser Sachen nicht[91]). Dieser Fall muß also von jenem wohl unterschieden werden, da das Erkenntniß unvollständig ist, und nicht alles unter sich begreift, was zum Gegenstand der Klage war gemacht worden. Hier gilt die Sentenz nicht. Mit Recht sagt Greve[92]): *Quodsi quaedam res indivisae relictae sunt, iudicio quidem communi dividundo agetur; sed iudex de rebus in iudicium deductis non pro parte, sed integre pronunciare debet, ex uno enim iudicio non potest res iudicata in partem valere, et in partem non valere, h. e. sententia non potest scindi in partes, ita ut de ea re, quae in iudicium venit, partim iudicetur, partim non iudicetur, imo propter partem, quae omissa est, etiam pars, de qua iudicatum est, pro non iudicata habetur.* Eben so Brunnemann[93]): *Licet actio haec inter pauciores coheredes ex pluribus institui possit*[94]); *inter eos tamen coheredes, qui in iudicio agunt, et super iis rebus, quae in iudicium deductae, plena debet esse sententia, ut neque persona, neque res in iudicium deducta omittatur; alias neque in caeteris rebus valebit, licet res quaedam singulares, super quibus hoc iudicium non versatur, indivisae relinqui possint. Nam sunt diversae quaestiones: An de diversis rebus, altera bene, altera male iudicatum sit? Et an de re una vel altera plane non iudicaverit, cum tamen fuerit in iudicium deducta.* Eben so erläutert auch Wissenbach[95]) die oben angeführte

 L. 27.

91) *L. 41. D. h. t. L. 24. D. de iure patronat.*

92) *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora. Exercit. X. §. 19. pag. 256.

93) Commentar. ad Pandect. h. t. ad L. 27. cit. nr. 1. et 2.

94) *L. 2. §. 4. D. h. t.*

95) Exercitation. ad L. Pand. libros Disp. XXII. Th. 10. pag. 226. sq.

L. 27. h. t. wenn er sagt: *Unum iudicium non potest scindi in partes, ita ut de ea re, quae deducta est in iudicium, partim iudicetur, partim non iudicetur: sed quae tota caussa in iudicium deducta est, totam etiam sententia iudicis dirimi oportet. Plena esse debet sententia iudicis* [96]). *Semiplena non valet.* Hiermit stimmt endlich auch Westphal [97]) überein, welcher sagt, es sey nicht nöthig, die *L. 27. h. t.* mit Cujaz blos von den persönlichen Leistungen zu verstehen. Der Grund der Stelle sey allgemein, und gehe also auch auf die Theilung der Sachen selbst.

Soviel hiernächst die Principien selbst anbetrift, wornach die Theile der Erbschaft überhaupt zu bestimmen sind, so kommt es zuvörderst darauf an, ob die Miterben ab intestato, oder ex testamento succediren. In dem ersten Falle treten die Grundsätze von der Vertheilung der Erbschaft unter die Intestaterben ein, nach welchen die Erbschaft bald nach den Köpfen, bald nach den Stämmen, bald nach den Linien zu vertheilen ist. In dem letzten Falle hingegen ist zunächst darauf zu sehen, ob der Testator etwa selbst jedem Erben seinen Antheil angewiesen habe. Dann bleibt es bey dieser Vertheilung. Sollte aber der Testator nur einen Theil des Nachlasses unter seine Erben vertheilt haben; so bleibt dem Theilungsrichter blos der Rest zu vertheilen übrig, ohne an den vom Testator selbst gemachten Theilen etwas ändern zu dürfen [98]).

Es

96) *L. 19. §. 1. D. de recept. arbitr.*

97) S. Westphals angef. System von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 693.

98) *L. 10. C. h. t. L. 10. Commun. utriusq. iudicii. L. 21. C. h. t.*

Es müßten denn so viel Schulden da seyn, daß der Rest nicht zureicht, oder aber kein Notherbe in seinem Pflichttheile verkürzt seyn [99]). Ausserdem wird der Ueberrest nach dem Verhältniß der Erbantheile vertheilt, wofern nicht etwa den einzelnen Erben, statt idealer Theile, nur einzelne Sachen wären angewiesen worden. Denn diese erhalten sie sodann als ein Prälegat [100]). Hätte hingegen der Vater eine Theilung unter seinen Kindern ab intestato gemacht, und einige Stücke ungetheilt gelassen, so befolgt zwar der Richter den Willen des Vaters, wegen der noch ungetheilten Stücke hingegen richtet er sich nach der Intestaterbsfolge, als welche durch die Theilung unter den Kindern in Ansehung der noch ungetheilten Sachen nicht gehindert wird [1]). Hat der Testator die Erben ohne Bestimmung gewisser Theile instituirt, so wird die Verlassenschaft in gleichen Theilen unter sie vertheilt, jedoch stellen mehrere in derselben Proposition genannte Erben in Rücksicht anderer nur eine Person vor [2]). Es sind daher nur so viel Theile

99) *L. 35. §. 1. D. de hered. instit.*

100) *L. 9. §. 13. L. 35. §. 1. D. de hered. instit. L. 77. §. 8. D. de legat. I.* S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 1. in fin. und *Ant.* SCHULTING Thesium controv. Decad. XXVIII. Th. 10.

1) *L. 11. L. 21. C. h. t. L. 32. D. h. t.* Der Ausdruck *portio hereditaria* bedeutet in diesen Stellen soviel als Intestaterbtheil. S. *Hub.* GIPHANII Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 21. C. h. t. Verb. *Pro virili praeterea portione.* pag. 184. *Io. Iac.* WISSENBACHII Exercitat. ad Pand. Disput. XXII. Th. 11. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exercit. X. Th. 18. in fin. pag. 255. Man sehe auch, was davon oben S. 31. Not. 92. und S. 32. Not. 94. vorgekommen ist.

2) *L. 11. D. de heredib. instit.*

Theile zu machen, als der Testator Sätze gemacht hat, wofern nicht aus andern Umständen das Gegentheil zu schliessen ist [3]).

In Rücksicht der einem Jeden insbesondere zuzutheilenden Sachen müssen die Erben, sofern der Testator hierüber nichts bestimmt hat, mit einander übereinkommen, welches Stück jedem von ihnen zu Theil werden soll. Wäre aber eine solche Uebereinkunft nicht möglich, so muß die Sache durch das Loos entschieden werden [4]). Nach gemeinen Rechten steht also keinem der Miterben vor dem Andern ein Wahlrecht zu. Es bringt vielmehr die Natur der Erbtheilungsklage, als eines iudicii bonae fidei, mit sich, daß die vollkommenste Gleichheit unter den Miterben beobachtet werde [5]). Zuweilen kann jedoch bey Erbtheilungen ein besonderes Recht Statt finden, welches man das Kührrecht nennt, wach welchem überhaupt unter mehreren Erben, wenn der Erblasser keine Theilung gemacht hat, der ältere theilt, und der jüngere wählt; unter mehreren Erben verschiedenen Geschlechts aber die Frauensperson die Theile macht, und die Mannsperson ohne Rücksicht auf Alter

3) *L. 13. pr. D. eodem.* wo gesagt wird, die Formel *aeque heredes sunto*, deute an, omnes ex virilibus partibus institutos. Man sehe jedoch über die heutige Anwendbarkeit dieser römischen Verordnungen Höpfners Commentar über die Institutionen. §. 494. S. 556.

4) *L. 2. C. Quando et quibus quarta pars. Nov. 162. cap. 3.*

5) *L. 9. et 11. Cod. fam. erciscs. L. 4. C. communi divid. Christ. Lud.* CRELLII Diss. de praesumtione aequalitatis in iudiciis divisoriis. *Vitemb. 1735.* §. 7.

ter die Wahl hat [6]). Es ist aber dieses Recht ein blosses teutsches Partikularrecht, welches aus dem gemeinen Rechte nicht gründlich erwiesen werden kann [7]); obwohl nicht zu läugnen ist, daß schon unter den Alten, sowohl römischen Philosophen [8]), als Kirchenvätern [9]), mehrere bei Theilungen es der Billigkeit und der Natur der Sache gemäß erachtet haben, wenn dem Aeltern die Theilung, dem Jüngern aber die Wahl überlassen werde; weil dem erstern mehr Kenntniß und Erfahrung zugetrauet werden kann, um die Erbschaft nach einem richtigen Verhältniß in gleiche Theile abzutheilen, und alsdann keiner sich beschweren kann, wenn dem Jüngern die Freyheit, einen Theil für sich zu wählen,

6) *Io. Volckm.* BECHMANN Diss. de eo, quod iustum est circa optionem minoris heredis. *Ienae 1673.* *Ad.* REIZER Diss. de eo, quod circa optionem filii natu minoris prae natu maiore in hereditatis paternae divisione iustum est: sive brevis exegesis iuridica in notum istud diverbium: *Major dividit, minor eligit.* Bambergae 1762. und Pütter über das sogenannte Kührrecht bey brüderlichen Erbtheilungen; in Desselben Erörterungen und Beyspielen des teutschen Staats- und Fürstenrechts 1. Band. 9. Erört. S. 447. ff.

7) S. CUJACIUS in Commentar. ad tres postrem. libros. Cod. Lib. X. Tit. 34. L. 2. in fin. et in Observat. Lib. XIII. cap. 24. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 35. *Rad.* FORNERIUS Rerum Quotidianar. Lib. V. cap. 22. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 273.) *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXIX. Th. 4.

8) SENECA *Declamat. VI. 3.* et *de Benefic. V. 16.* *Sulpit.* VICTOR *Institut. orator.*

9) AUGUSTINUS *de civitate Dei Lib. XVI. c. 20.* und AMBROSIUS *de Abrahamo* Lib. I. cap. 3.

wählen, gestattet wird. Zwar haben sich die Canonisten [10]) vorzüglich bemüht, die Gemeingültigkeit des Kührrechts aus dem kanonisch päbstlichen Gesetzbuche zu begründen; sie haben sich deswegen besonders auf das *Cap.* 1. *X. de parochiis* berufen, nach welchem zur Theilung eines Bisthums zwischen einem, von dem Abwege der Ketzerey zurückgekehrten, und dem inzwischen an seine Stelle gesetzten neuen Bischoffe durch die Verordnung einer afrikanischen Kirchenversammlung vom Jahre 418. die Vorschrift ertheilt worden, *ut ille dividat, qui amplius temporis in Episcopatu habet, et minor eligat.* Es leuchtet jedoch Jedem in die Augen, daß dieser Text gar nicht hierher gehöre, sondern von einem ganz andern Falle rede. Indessen ist dennoch jenes Recht bey Erbtheilungen in mehreren teutschen Ländern unter dem Ansehen des kanonischen Rechts, und seiner Lehrer üblich geworden, so wie insonderheit in Sachsen sowohl bey Lehn- als andern Gütern unter Adelichen, Bürgern und Bauern bis auf den heutigen Tag noch darauf gehalten wird [11]). Doch ist das Kührrecht nie zu einer allgemeinen Regel in Teutschland geworden. Wer sich also bey Erbtheilungen, ausserhalb Sachsen, darauf beruft, muß beweisen, daß es an dem Orte eingeführt sey [12]). Es fällt dieses Recht auch dann weg, wenn der Jüngere, dem es zusteht, vor der

Thei-

10) GONZALEZ TELLEZ Commentar. ad Decretal. Lib. III. Tit. 29. Cap. 1. Tom. III. pag. 573.

11) CARPZOV Iurispr. for. P. III. Const. XV. Def. 24. von Trützschler Anweisung zur vorsichtigen und förml. Abfß. rechtl. Aufsätze 1. Th. 3. Hauptabth. 4. Hptst. §. 22. Not. c.

12) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXV. medit. 7. BOEHMERI Consultat. Tom. II. P. I. Resp. DXCIV. Qu. 1. nr. 14.

Theilung stirbt [13]), oder sich desselben gegen eine gewisse Abfindungssumme begiebt, welche man das **Kührgeld** zu nennen pflegt [14]).

§. 734.

Wirkung einer geschehenen Erbtheilung. In wiefern kann sie angefochten werden?

Ist nun die Erbtheilung geschehen, so bestehen die Wirkungen derselben darin.

1) Ein jeder Erbe erhält dadurch das ausschließende Eigenthum an den ihm zu Theil gewordenen Sachen. Dieses Eigenthum geht durch **Adjudication** sogleich und von dem Augenblick an auf den Erben über, da ihm die Sache durch das richterliche Urtheil zugesprochen worden ist. Ist hingegen die Theilung durch eine bloße Uebereinkunft der Interessenten geschehen, so wird das ausschließende Eigenthum erst durch die **Uebergabe** erworben. Jenes bestätiget die Stelle in den Institutionen §. 7. *I. de officio iudic.*

Quod autem istis iudiciis alicui adjudicatum fuerit, *id statim eius fit, cui adiudicatum est* [15]).

Letzteres

13) S. **Bechmann** cit. Diss. Cap. VI. §. 6. und REIZER Diss. cit. §. 38.

14) S. **Joh. Fried. Eisenharts** Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern 3. Abth. Nr. XVI. §. 3. S. 310.

15) ULPIAN *Fragm. Tit. XIX. §. 16.* ADIUDICATIONE dominia nanciscimur per formulam familiae erciscundae, quae locum habet inter coheredes.

Letzteres aber erhellet aus *L.* 15. *Cod. h. t.* wo die Kaiser Diocletian und Maximian folgendes rescribiren.

Si divisionem conventione factam etiam *possessio* consensu secuta, *pro solido dominium rerum*, quas pertinere ad patrem tuum placuit, *ei firmavit*: earum vindicationem habere potes, si patri successisti. Si vero placitum divisionis usque ad pactum stetit: arbiter familiae erciscundae iudicio vobis datus, communionem inter vos finiri providebit.

Deutlicher ist dieses Gesetz in den Basiliken [16]) gefaßt, wo es folgendermaßen lautet:

Η κατὰ συναίνεσιν γενομένη διαίρεσις, ἐὰν καὶ παράδοσις παρακολουθήσῃ, δεσπότην ἕκαστον ποιεῖ τῶν ἐπιλαχόντων αὐτῷ πραγμάτων. ἐὰν δὲ μὴ γένηται παράδοσις, ἀνάγκη κινηθῆναι τὸ δαιροῦν τὸν κλῆρον δικαστήριον· ἵνα ἐκεῖ διαιρεθῇ τὰ ἀπὸ τῆς κληρονομίας ἐπίκοινα πράγματα. i. e. *Divisio conventione facta, si traditio quoque secuta sit, unumquemque rerum, quae ei obtigerunt, dominum facit. Si vero traditio nulla fiat, iudicio familiae erciscundae agi necesse erit, per quod res communes hereditariae dividantur.*

2) Die Miterben müssen einander in Ansehung der auf einen jeden zu seinem Antheile gefallenen Sachen die Gewähr leisten, d. h. wenn einem Miterben Sachen, die auf sein Loos gefallen sind, entwährt werden, so sind die übrigen Erben verbunden, jenen nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile für den erlittenen Verlust zu entschädigen.

West=

16) Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Constit. 72. pag. 691.

Westphal [17]) leitet diese Verbindlichkeit daher, weil die Theilung bald als ein Tausch, bald als ein Kauf anzusehen ist [18]), bey diesen Contracten aber die Gewähr vermöge der Natur derselben geleistet werden müsse. Allein das in den Gesetzen selbst ausgedrückte wahre Princip dieser gegenseitigen Gewährleistung ist *aequum ius*, Gleichheit der Rechte. Hierin besteht die Billigkeit, welche die Seele der Theilungen ist [19]). Nur in Ansehung der wegen der Gewährleistung statt habenden Klage kommt jener Umstand in so weit in Betrachtung, daß die Klage entweder die *actio praescriptis verbis* oder die *actio emti* ist. Die hierher gehörigen Stellen sind:

L. 14. *Cod. h. t.* Si familiae erciscundae iudicio, quo bona paterna inter te ac fratrem tuum *aequo iure* divisa sunt, nihil super evictione rerum singulis adjudicatarum specialiter inter vos convenit, id est, ut unusquisque eventum rei suscipiat: *recte possessionis evictae detrimentum fratrem et coheredem tuum pro parte agnoscere*, Praeses provinciae *per actionem praescriptis verbis* compellet.

L. 7.

17) System von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 834. u. 835.

18) *L. 1. C. Commun. utriusq. iudicii.*

19) *L. 11. L. 14. C. h. t. L. 4. C. Communi divid. L. 3. C. Commun. utriusq. iudic.* S. CRELLII Diss. de praesumtione aequalitatis in iudiciis divisoriis §. 6. et 7. und Ebendesselben Diss. Utrum divisio per sortitionem facta ob laesionem rescindi possit? *Vitemb. 1743.* §. 2. circa fin. und SCHORMANS Handbuch des Civilrechts 1. Bd. S. 129.

L. 7. Cod. Commun. utriusque iudic. Si fratres vestri pro indiviso commune praedium citra vestram voluntatem obligaverunt, et hoc ad vos secundum pactum divisionis, nulla pignoris facta mentione, pervenit: evictis partibus, quae ante divisionem sociorum fuerunt, in quibus obligatio tantum consistit, ex stipulatu, si intercessit: alioquin, quanti interest, praescriptis verbis contra fratres agere potestis. Nam si fundi, scientes obligationem, dominium suscepistis, tantum evictionis promissionem solennitate verborum, vel pacto promissam probantes, eos conveniendi facultatem habebitis.

Es ergiebt sich zugleich aus diesen Stellen, daß die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung wegfällt, wenn auf diese Forderung Verzicht gethan worden ist, welches sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen kann, wenn nämlich der Miterbe von dem Anspruche des Dritten auf der ihm zugetheilten Sache wußte, und die Sache übernahm, ohne sich wegen der Gewährleistung vorzusehen[20]). Auf jeden Fall kann auch der Evictus nur das fordern, was er ohne seine Schuld durch die Eviction verlohr. Denn was er durch Einreden gegen den Evincenten retten konnte, und doch nicht rettete, dafür kann er keine Entschädigung fordern, wenn anders der Miterbe nicht in dolo

20) S. Westphals angef. System §. 835. Nach dem französischen Civilrechte findet kein stillschweigender Verzicht auf Gewährleistung Statt. *Cod. Napol.* Art. 885. S. *Kar. Sal.* ZACHARIAE Handb. des französ. Civilrechts 2. Bd. §. 353. S. 191.

dolo war[21]). Auch ist der Zufall, wodurch die dem einen Miterben zugetheilte Sache vor der Eviction am Werthe verlohren hatte, den übrigen Miterben unnachtheilig[22]). Sie ersetzen dem entwährten Erben in diesem Falle nur verhältnißmäßig den jetzigen Werth, den die Sache zur Zeit der Eviction noch hatte. Der Schade ist hier blos auf seiner Seite[23]). Hatte hingegen der Erbe die evincirte Sache auf seine Kosten verbessert, so muß ihm diese Verbesserung, so fern er deswegen keine Vergütung von dem Evincenten erhalten hat, von den übrigen Miterben verhältnißmäßig vergütet werden. Außerdem bleibt es bey dem Werthe, für welchen die evincirte Sache dem Miterben bey der Theilung zugeschlagen worden ist[24]). Folgende Stelle setzt dieses alles außer Zweifel.

L. 66. §. 3. D. de Evictionib. Divisione inter coheredes facta, si procurator absentis interfuit, et dominus ratam habuit, evictis praediis in dominum actio dabitur, quae daretur in eum, qui negotium absentis gessit, ut, quanti sua interest, actor consequatur: scilicet *ut melioris aut deterioris agri facti causa finem pretii, quo fuerat tempore divisionis aestimatus, deminuat vel excedat.*

Wächtler

21) *L. 45. §. 1. D. de actionib. emti et venditi.*

22) *L. 45. pr. D. de act. emti vend.*

23) *L. 70. D. de evictionib.*

24) S. *Io. Sam. Frid.* BOEHMERI Diss. de computatione pretii in evictionis praestatione. *Halae 1745.* und SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts 2. Bd. S. 128. ff.

Wächtler[25]) hat also offenbar unrecht, wenn er glaubt, daß der Preis, für welchen die Sache dem Erben bey der Theilung zugeschlagen worden ist, ihm auch dann von den übrigen Miterben verhältnißmäßig vergütet werden müsse, wenn auch schon die Sache durch seine Nachlässigkeit zur Zeit der Eviction an ihrem Werth verlohren gehabt hätte. Der von ihm aufgestellte Satz: *Pretium*, *tempore divisionis determinatum*, *immutabile et perpetuum est*, streitet gegen Recht und Billigkeit; und der Grund: *Oritur laesio non hodie*, *ubi fundus evincitur*, *sed tantum manifestatur*; *suberat autem ipso tempore factae divisionis*, *quo adhuc incertum erat*, *melior an deterior evasurus fundus apud ipsum foret*; ist gar keiner Widerlegung werth, da so klare Gesetze *L*. 66. §. 3. *L*. 70. *D*. *de evict*. *L*. 45. *pr*. *D*. *de act*. *emti vend*. ihm entgegen streiten.

Uebrigens ist die Verbindlichkeit zur gegenseitigen Gewährleistung unter den Miterben so fest gegründet, daß es dem Theilungsrichter sogar zur Pflicht gemacht wird, bey der Adjudication zugleich wegen der Gewährleistung auf die Sicherheit derer bedacht zu seyn, denen er die Sachen zuerkennt.

L. 25. §. 21. *D*. *h*. *t*. Item curare debet, *ut de evictione caveatur* his, quibus adiudicat.

3) Eine einmal gemachte und vollzogene gesetzmäßige Erbtheilung kann in der Regel von den Erben nicht angefochten, und umgestoßen werden.

L. 8.

25) Opusc. iuridico-philolog. a *Chr*. *Henr*. TROTZ edit. *Trajecti ad Rhen*. *1733*. 8. pag. 153. sq.

L. 8. Cod. Commun. utriusque iudic. Si inter vos maiores annis viginti quinque rerum communium divisio, relicta vel translata possessione, finem accepit: instaurari mutuo bona fide terminata consensu minime possunt.

Ausnahmen finden Statt,

a) wenn die Theilung unter einer Bedingung beliebt worden ist, und der andere Theil nachher diese Bedingung nicht erfüllen will[26].

b) Wenn ein Theil den andern aus Irrthum für einen Miterben gehalten hat. Jedoch macht das Römische Recht einen Unterschied, ob die Theilung durch richterliche Adjudication geschehen ist, oder nicht. In jenem Falle soll die Theilung nicht angefochten werden können, in diesem aber wird die condictio indebiti gestattet, um das zurück zu fordern, was der falsche Erbe von der Erbschaft erhalten hat. Hierher gehört die *L. 36. D. h. t.* wo Paulus sagt:

Cum putarem, te coheredem meum esse, idque verum non esset, egi tecum familiae erciscundae iudicio: et a iudice invicem adiudicationes et condemnationes factae sunt: Quaero, rei veritate cognita, utrum condictio invicem competat, an vindicatio: et an aliud in eo, qui heres est; aliud in eo, qui heres non sit, dicendum est? Respondi: Qui ex asse heres erat, si, cum putaret, se Titium coheredem habere, acceperit,

26) *L. 6. C. Commun. utriusq. iudicii.* S. Westphals System §. 841.

perit cum eo familiae erciscundae iudicium, et condemnationibus factis solverit pecuniam, *quoniam ex causa iudicati solvit*, repetere non potest. Sed tu videris eo moveri, quod non est iudicium familiae erciscundae, nisi inter coheredes, acceptum: sed, quamvis non sit iudicium, *tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum*. Quod si neuter eorum heres fuit, sed, quasi heredes essent, acceperint familiae erciscundae iudicium, de repetitione idem in utrisque dicendum est, quod diximus in altero. Plane si sine iudice diviserint res, etiam condictionem earum rerum, quae ei cesserunt, quem coheredem esse putavit, qui fuit heres, competere dici potest: non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille coheredem esse putaverit.

Der Geist dieser Stelle ist in den Basiliken[27]) auf folgende Art dargestellt:

Ἐὰν εἰς ὁλόκληρον ὢν κληρονόμος, καὶ νομίζων σε συγκληρονόμον μοι εἶναι, διέλωμαι μετὰ σοῦ ἐν δικαστηρίῳ, καὶ δώσω σοί τινα ὡς ἀπὸ καταδίκης, οὐκ ἔχει χώραν ὁ ἐπὶ τοῖς μὴ χρεωστουμένοις ἀπαιτητικὸς λόγος. κἂν γὰρ οὐ συνίσταται τὸ διαιροῦν τὸν κλῆρον δικαστήριον μεταξὺ τῶν μὴ ἀληθῶς κληρονόμων, ὅμως καὶ τὰ ἐν ὑπονοίᾳ καταδίκης καταβληθέντα οὐκ ἀναλαμβάνεται. τὸ αὐτὸ λέγομεν, κἂν μηδεὶς ἡμῶν τὴν ἀληθὴς κληρονόμος. εἰ δὲ χωρὶς δικαστηρίου διελόμεθα, χώρα τῇ ἀπαιτήσει ἐπὶ τοῦ ἀληθοῦς κληρονόμου. διαλύεσθαι γὰρ οὐ δοκεῖ ὁ κληρονόμον ὑπολαμβάνων τὸν μὴ ὄντα. i. e. *Si cum ex asse heres essem, teque coheredem habere existimarem, accepto*

27) Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Const. 35. pag. 680.

cepto arbitro familiae erciscundae, quaedam solvero velut ex causa iudicati, indebiti condictioni locus non est. Quamvis enim iudicium familiae erciscundae non consistat nisi inter veros heredes, tamen quae quis opinione iudicati solvit, non repetuntur. Idem dicimus, quamvis neuter nostrum verus heres fuit. Sin autem sine iudicio diviserimus res, vero heredi indebiti condictio competit. Non enim transigere videtur, qui putavit heredem esse, qui non erat.

Man sieht hieraus, daß das ganze Gewicht der gesetzlichen Entscheidung auf dem Ansehen und der Wirkung beruhet, welche in den Gesetzen überhaupt der Rechtskraft beygelegt wird. Die gemeine Wohlfahrt erfordert es freylich, daß die Rechtshändel ein gewisses Ziel haben, und die Partheyen sich bey dem begnügen müssen, was rechtskräftige Erkänntnisse mit sich bringen[28]). Daher muß in Gerichten das als wirkliches Recht oder Unrecht angesehen und behandelt werden, was einmahl förmlich dafür erkannt worden ist, wenn auch wirklich die Sache sich ganz anders verhalten sollte. Sehr bestimmt sagt Ulpian *L.* 25. *D. de statu hom.* Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, *quamvis fuerit libertinus*, quia r e s i u d i c a t a p r o v e r i t a t e a c c i p i t u r. Aus dem nämlichen Grunde muß denn auch das rechtskräftige Urtheil, wodurch Jemand für einen Miterben erklärt worden, der es wirklich nicht ist, einen vollgültigen Beweis für ihn ausmachen, daß er dafür zu halten sey, wenn auch das Gegentheil

28) *L.* 65. §. 2. *D. ad SCtum Trebell.* Cum Praetor, causa cognita, per errorem vel etiam ambitiose iuberet hereditatem ut ex fideicommisso restitui: *etiam publice interest restitui, propter rerum iudicatarum auctoritatem.*

gentheil erwiesen werden könnte. Denn nach dem Ausspruche Ulpians *L.* 56. *D. de re iudicata* soll nach rechtskräftig entschiedener Sache durchaus alle weitere Untersuchung über Recht und Unrecht des streitigen Gegenstandes als unzuläßsig zu verwerfen seyn. Post rem iudicatam nihil quaeritur. — Daß auch der Irrthum in der Regel die Rechtskraft nicht hindere, und daß dasjenige, was aus Irrthum, aber doch vermöge eines rechtskräftigen Urtheils, bezahlt worden ist, nicht zurückgefordert werden könne, erhellet auch aus neuern Gesetzen. *L.* 1. *C. de condict. indebiti* sagt: Pecuniae indebitae *per errorem*, *non ex causa iudicati solutae*, esse repetitionem iure condictionis, non ambigitur.

Durch diese Gründe, welche auch wirklich in dem Gesetz selbst liegen, unterstützen nun auch die meisten Ausleger [29]) die Entscheidung des Paulus. Es ist indessen nicht zu läugnen, daß ihr sehr erhebliche Zweifel entgegen stehen, wie insonderheit Voet [30]) und Westphal [31]) gezeigt haben. Denn 1) kann doch nur dasjenige für rechtskräftig entschieden gehalten werden, worüber unter den Partheyen gestritten worden ist. Nun ist aber in dem Falle, da man gegen einen vermeinten Miterben auf Theilung geklagt

29) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad L. 36. D. h. t. *Io.* VOET Comment. ad Pand. §. 34. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficil. Exercit. X. Th. 21. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 9. *Ant.* SCHULTING Thes. Controvers. Dec. XXVIII. Th. 6.

30) Comm. ad Pand. §. 34.

31) System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 840. S. 513. f.

geklagt hat, die Frage, ob der Beklagte wirklich Miterbe sey, gar nicht zum Streit gekommen; sie konnte folglich auch durch die Adjudication nicht entschieden werden. Der Richter erkannte also nur unter der Voraussetzung, daß das Erbrecht unter den Partheyen für anerkannt und als unbezweifelt anzunehmen sey, über die Vertheilung der Erbschaft. Hierzu kommt 2) daß eine richterliche Sentenz, wenn sie auch die Rechtskraft schon erreicht haben sollte, dennoch rescindirt werden kann, wenn sie auf falsche Beweismittel gebauet war, welche der Richter und die Partheyen für ächt hielten. *L. 3. C. Si ex falsis instrumentis vel testimon. iudicat. sit.* Ein gleiches muß also auch in dem Falle gelten, wenn die Sentenz auf einem so offenbaren Irrthume beruhet, von welchem das Gesetz redet. Es kann daher keinem Zweifel unterworfen seyn, daß auch dem wahren Erben, nach entdecktem Irrthume, das Recht zustehen müsse, gegen seine Handlung der gerichtlich geschehenen Anerkennung des falschen Erben, und die hierauf gebauete richterliche Sentenz, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand um so mehr zu suchen, da der entschuldbare Irrthum überhaupt als eine gerechte Ursache der Restitution gesetzlich anerkannt ist[32].

c) Kann eine Erbtheilung auch wegen erlittener Verletzung angefochten werden. Es ist hier vor allen Dingen zu bemerken, daß die Verletzung auf eine zweyfache Art gedacht werden könne. Ein Miterbe kann

1) durch eine unrichtige Taxe der ihm in der Theilung zugefallenen Sachen verletzt worden seyn. Z. B. Es ist

 ihm

32) *L. 2. D. de in integr. restitut.* S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3057.

ihm ein Acker, der nur 1000 fl. werth ist, für 1500 fl. angeschlagen worden. Wir wollen diese Läsion der Kürze wegen eine Verletzung im Anschlage nennen.

2) Ein Miterbe kann auch dadurch verletzt worden seyn, daß ihm bey einem ganz richtigen Anschlage der zugetheilten Sachen dennoch ein kleinerer Theil zugefallen ist, als ihm an der Erbschaft gebührt. Z. B. mir gebührt die Hälfte der Erbschaft, diese beträgt 6000 fl. Nun wird meinem Miterben ein Haus und ein Acker zugetheilt, wovon jenes 4000 dieser 3000 fl. nach einem richtigen Anschlage werth ist, ich hingegen habe eine Wiese und einen Weinberg zu meinem Antheil erhalten, wovon dieser nach einem richtigen Anschlage 3000 jener aber nur 2000 fl. werth ist. Man kann diese Verletzung eine Verletzung im Antheile nennen.

Beyde Arten der Verletzung können entweder einen dolus oder einen Irrthum zum Grunde haben. Hiernächst sind nun folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Die Erbtheilung ist gerichtlich geschehen, d. h. es ist, nach vorher angestellter Erbsonderungsklage, über die Theilung gestritten, und dieser Streit durch richterliches Erkenntniß entschieden worden. Hier ist wieder zu unterscheiden

A. die Verletzung ist durch einen Dolus verursacht worden, und zwar entweder

1) des Richters selbst, und dann war die Ursache dieser Partheylichkeit entweder

a) eine Bestechung des Richters. Hier ist das richterliche Urtheil schon von selbst null und nichtig[33]), und

33) *L. 7. C. Quando provocat. non est necess.*

und der Richter kann noch überdies bestraft werden [34]). Oder

b) der Richter war nicht bestochen, durch dessen Partheylichkeit ein Miterbe verletzt worden ist. Hier ist das richterliche Urtheil zwar an sich nicht ungültig, und wird daher, wenn kein Rechtsmittel dagegen eingewendet worden, in Rücksicht der Miterben rechtskräftig [35]). Allein kann der Richter einer vorsetzlichen Partheylichkeit überführt werden, so kann ihn der Verletzte actione in factum, oder actione male iudicati auf den Ersatz des verursachten Schadens belangen [36]).

2) Die Verletzung ist durch den Dolus des andern Miterben geschehen. Hier ist zwar das Urtheil nichtig [37]); doch kann auch der verletzte Theil dasselbe gelten lassen, in someit er nicht verletzt ist [38]).

B. Wenn hingegen bey einer gerichtlichen Theilung die Verletzung durch Irrthum geschehen ist, so ist zwar außer Zweifel, daß, wenn der Irrthum noch innerhalb der

34) *Nov. CXXIV. Cap. 2. et Avth.* Novo iure. *Cod. de poena iudic. qui male iudicavit.* VOET Comm. ad Pand. Lib. V. Tit. 1. §. 58. und *Io. Adr.* MEURS Diss. de inaequali hereditatis divisione corrigenda. Cap. IV. §. 2. in fin. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. III. T. I. pag. 347.*)

35) *L. 65. §. 2. D. ad SCtum Trebell. L. 27. D. de re iudic.*

36) *L. 15. §. 1. D. de iudic. L. ult. et Avth.* Novo iure. *Cod. de poena iud. qui male iudic.*

37) *L. 8. C. de Collat.*

38) *L. 13. §. 5. D. de act. emti vend. Ger.* NOODT de forma emendandi doli mali Cap. 9. §. *Illud.* Tom. I. *Oper.* pag. 366.

der zehntägigen Appellationsfrist entdeckt wird, ein Rechtsmittel gegen den richterlichen Spruch eingewendet werden könne. Ob aber auch noch nach Ablauf dieser Frist die richterliche Theilung wegen eines dabey vorgefallenen Irrthums angefochten werden könne, ist eine Frage, worüber die Rechtsgelehrten sehr verschiedener Meinung sind. Einige [39]) läugnen dies schlechterdings, wenn die Läsion auch noch so erheblich seyn sollte, ob rei iudicatae auctoritatem. Andere [40]) hingegen behaupten, das Urtheil könne allerdings wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden. Allein nach der richtigern Meinung ist ein Unterschied zu machen, ob durch das richterliche Urtheil der Erbe in dem ihm gebührenden Antheile selbst, oder ob er blos im Anschlage der ihm zu Theil gewordenen Sache verletzt worden ist. In jenem Falle, da mir z. B. der Richter, ohngeachtet ich zum dritten Theile Erbe war, und auch von demselben als solcher anerkannt wurde, dennoch nur soviel Sachen zugesprochen hat, daß sie, nach dem vom Richter selbst gemachten Anschlage, nur den vierten Theil der Erbschaft

39) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 24. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 6. §. 3. not. 9. in fin. *Io. Ortw.* WESTENBERG Dig. h. t. §. 19. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 10. in fin. BOEHMER Introduct. in ius Dig. h. t. §. 225. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 3058. in fine. und MEURS Diss. cit. Cap. II. §. 9—13.

40) VOET de familia ercifcunda Cap. XIV. nr. 5. WESENBEC Paratitl. Pand. h. t. nr. 8. BRONCHORST Enantiophan. Centur. II. Assert. 12. *Henr.* COCCEJI Diss. de remedio L. 3. C. Commun. utriusq. iud. Sect. I. §. 5. sq. (*Exercitat curios.* Vol. 2. Nr. 5.) *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t. Qu. 6. et Lib. XVIII. Tit. 5. Qu. 11. et 13.

schaft ausmachen, ist ein sichtbarer Irrthum in der Rechnung vorhanden. Nun kann aber wegen eines solchen Irrthums auch ein rechtskräftiges Erkenntniß angefochten werden[41]). In dem letztern Falle aber kommt zwar dem verletzten Erben, wenn er noch minderjährig ist, die Wohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten[42]); der Großjährige hingegen wird auch nicht einmal bey einer Verletzung über die Hälfte gegen ein rechtskräftiges Urtheil restituirt, wofern nicht sonst ein rechtmäßiger Grund zur Restitution vorhanden ist[43]).

II. Die Theilung ist außergerichtlich geschehen, gleichviel, ob Theilrichter[44]), so wie sie an einigen Orten üblich

41) *L. 1. §. 1. D. Quae sentent. sine appellat. resc.* PAULUS *Sent. Recept. L. V. Tit. 5. §. 11. Iacob* CUJACIUS in Recitationib. Solemn. in libr. Cod. Iustin. Lib. VII. Tit. 52. MEVIUS P. IV. Decis. 300. P. VI. Decis. 30. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 457. Nr. I. pag. 266. Sollte über einen vorgegebenen Irrthum in der Rechnung selbst entschieden worden, und dieses richterliche Urtheil in die Rechtskraft übergegangen seyn, so findet keine Rescission Statt. *L. un. Cod. de errore calc.* PACIUS Εναντιοφ. Cent. VII. Qu. 73. und CUJACIUS c. l.

42) *L. 9. pr. L. 16. §. 5. D. de minorib. L. fin. D. h. t. L. 4. C. Si adv. rem iudicat. L. 1. C. Si adv. transact. vel divis.*

43) C. Griesingers Commentar über das Wirtemberg. Landrecht. 3. Bd. S. 652. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. II. Lib. XVIII. Tit. 5. Qu. 13. not. c. pag. 430. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 729. a. E. S. 153.

44) Solche Theilrichter, so wie dergleichen im Wirtembergischen üblich sind, haben keine eigentliche Jurisdiction, ihre Aussprüche werden daher auch nicht res iudicatae. S. *Mich.* GRASSI Diss. de arbitriis familiae erciscundae §. 24. BESOLD Consil. Tübing. CCLII. nr. 2. HARPPRECHT Consil. LVIII. nr. 272. Griesinger a. a. O. Not. p. S. 649.

üblich sind, hinzugezogen worden, oder nicht; oder ob die Theilung gerichtlich bestätiget worden ist, oder nicht. Denn in allen diesen Fällen wird die Theilung nur als eine aussergerichtliche angesehen[45]), insofern darunter eine jede Theilung verstanden wird, welche nicht in der Form einer Rechtssache, und also durch keinen ordentlichen Richterspruch geschehen ist[46]). Hier lassen sich folgende Fälle gedenken.

1) Ein Miterbe ist bey einer solchen Theilung durch den Dolus des andern verletzt worden. Daß hier die Theilung, ohne Rücksicht auf Größe der Läsion, angefochten, und auf Abänderung einer jeden durch den Betrug des andern Miterben verursachten Ungleichheit gedrungen werden könne, darüber sind alle Rechtsgelehrten einverstanden[47]). Der Verletzte kann entweder mit der actio familiae

45) S. Strubens rechtliche Bedenken 5. Th. Bed. 137. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 728. a. E.

46) Pro *iudiciali* enim *divisione*, quae sententia iudicis peragitur, et auctoritatem rei iudicatae nanciscitur, agnosci non potest *nuda conventio divisoria, in iudicio facta, et a iudice confirmata:* sagt Ge. Lud. Böhmer in den auserlesenen Rechtsfällen 1. Bandes 2. Abth. Nr. 76. S. 592. Nr. 6. Man sehe auch SCHWEDER Diss. de remedio L. 3. C. Commun. utriusq. iudic. §. 4.

47) *L. 3. Cod. Commun. utriusq. iudic. L. 35. D. de pactis.* Dolus enim *qualitate facti*, non *quantitate pretii* aestimatur. *L. 10. C. de resc. vendit.* S. *Ios.* FINESTRES Commentar. in Hermogeniani libr. VI. Epitomar iur. Lib. II. ad L. 23. D. Locati. §. 8. et 9. pag. 485. *Chr. Lud.* CRELLII Diss. Utrum divisio per sortitionem facta ob laesionem rescindi possit? *Vitembergae 1743.* §. 3. *Ge. Christ.* GEBAUER Diss. de hercto cito ob inaequalitatem in melius reformando. rec. *Goettingae 1777.* §. 5. sqq. *Ger.* NOODT de forma emendandi doli mali Cap. VII. Tom. I. *Oper.* p. 362. u. a. m.

miliae erciscundae darauf klagen, daß die Theilung von neuem vorgenommen werde, oder er kann schlechthin dasjenige zurückfordern, was der andere Miterbe wegen seines Betrugs mehr erhielt, als ihm zu seinem Antheil gehörte [48]).

2) Ein Miterbe ist durch Irrthum verletzt worden. Inwiefern hier eine außergerichtliche Theilung der Verletzung wegen angefochten werden könne, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. Es giebt hierüber dreyerley Meinungen. Einige [49]) behaupten, daß eine außergerichtliche Theilung wegen einer jeden Verletzung aus Irrthum angefochten werden könne. Denn dies erfordere die Gleichheit und Billigkeit, welche nach der *L. 3. Cod. Commun. utriusque iudicii* der alleinige Maasstab sey, wornach Theilungen regulirt werden müßten. Andere [50]) nehmen an, daß eine außer-

48) *L. 8. Cod. de Collat.*

49) *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior ac celebrior Legg. Cod. ad L. 3. C. commun. utr. iudicii Lib. III. pag. 203. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandect. h. t. §. 25. et 26. *Ant.* MERENDA Controversiar. iuris Lib. I. cap. 37. *Andr.* FACHINAEUS Controv. iur. Lib. VIII. Cap. 36. *Ant.* PEREZ Praelect. in Cod. Lib. III. Tit. 38. nr. 5. SUENDENDOERFFER ad *Eckolti* Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. 6. ad verb. DIVIDANTUR. *a* LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim CXVII. medit. 5. *Io. Henr.* BERGER Diss. de reformatione divisionis extraiudicialis ex causa modicae laesionis. *Vitemb. 1692. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3058. *Lud. God.* MADIHN ad *Menckenii* Introduct. in doctrin. de actionib. for. Not 1206. pag. 376. CRELL cit. Diss. §. 4.

50) CARPZOV P. III. Constit. XV. Definit. 19. WISSENBACH Commentar. ad L. 3. Cod. Commun. utriusq. iud. *Io. Ortw.* WESTEN-

außergerichtliche Theilung, bey welcher kein dolus erweislich ist, nur wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne, weil die Theilung in der *L.* 1. *Cod. Commun. utr. iudic.* einem Kaufe gleichgeachtet werde, mithin die *L.* 2. *Cod. de resc. vendit.* zur Anwendung komme. Noch andere [51]) unterscheiden endlich, ob der Miterbe durch Irrthum im Antheile (circa res dividendas) verletzt worden, oder ob die Verletzung im Anschlage (circa aestimationem) geschehen sey. In jenem Falle könne die Theilung wegen einer jeden Verletzung, in diesem aber nur wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden. Von jenem Falle sey die *L.* 3. *Cod. Commun. utr. iudic.* zu verstehen, auf letztern aber die *L.* 2. *Cod. de resc. vendit.* anzu-

STENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 20. *Io. Ge. Iac.* WOLF Diss. de divisione legitima extraiudiciali ob modicam laesionem nec impugnanda, nec rescindenda, nec reformanda. *Altorf.* 1756. *Ant.* SCHULTING Thes. Controvers. Decad. XXX. Th. 6. GEBAUER in Diss. cit. Cap. 2. §. 11. *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 7. pag. 62. Westphal im Syst. der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 842 — 845. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 729. a. E. S. 153. WALCH Introd. in Controvers. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. V. §. 33.

51) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 35. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 51. STRYK Us mod. Pand. h. t. §. 7. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. VI. Th. 3. Not. 9. Struben rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 157. Schmidt Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 629. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 457. a. E. Griesinger im Commentar über das Wirtemberg. Landrecht 3. Band. S. 655. u. a. m.

anzuwenden. Alles kommt auf die richtige Erklärung der L. 3. *Cod. Commun. utriusq. iudic.* an. Sie lautet folgendermaßen.

Impp. DIOCLET. et MAXIM. AA. et CC.
Aureliae Septimiae.

Majoribus etiam, *per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus*, solet subveniri: quia in bonae fidei iudiciis, *quod inaequaliter factum esse constiterit*, in melius reformabitur.

Es ist dieses Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian aus dem Gregorianischen Codex in den Justinianeischen übergegangen. Wir lernen dieses aus der von Cujaz[52]) zuerst edirten *Consultatio veteris cujusdam Iurisconsulti*, welche sich auch in Anton Schultings Iurisprud. vet. Antejustin. pag. 813. ff. findet. In derselben citirt der Verfasser dieser Consultation §. 2. folgende Stelle *ex Corpore Gregor.* Libro III.[53])

Impp. DIOCLETIANUS *et* MAXIMIANUS AA.
Aureliae Severae[54]).

An divisio, quam iam factam esse proponis, convelli debeat, Rector provinciae, praesente parte adversa,

52) *Operum a* FABROTO *editor.* Tom. I. col. 639.

53) Diese Stelle steht auch in den *Fragment. Codic. Gregor.* Lib. III. Tit. 5. Constitut. 3. bey SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 695.

54) Haloander, Russard, Hugo a Porta und Baudoza haben in der Ueberschrift der *L. 3. C. Commun. utr. iudic.* blos SEVAE. Der Name *Severa* scheint also wohl richtiger als *Septimia* zu seyn.

versa, diligenter examinabit: *et si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam maioribus in perperam factis divisionibus soleat subveniri*, quod *improbum*, atque *inaequaliter factum* esse constiterit, *in melius reformabit.*

Vergleicht man diese Stelle mit der *L.* 3. *Cod. Iust. Commun. utriusque iudic.* so ist zwar die Hand des Tribonians nicht zu verkennen, allein es läßt sich deswegen doch nicht behaupten, daß durch diese Interpolation ein neues Recht habe eingeführt werden sollen, welches nicht schon vorhin bekannt gewesen wäre. Alle Ausleger sind nun darin einverstanden, daß in der *L.* 3. *Cod. Gregor. Familiae ercisc.* von einer solchen Theilung die Rede sey, welche wegen des Betrugs des andern Theilhabers ungleich ausgefallen war. Allein nicht so ausgemacht ist es, ob auch die aus dieser Quelle geflossene *L.* 3. *Cod. Iust. Commun. utr. iud.* blos auf den Fall einer arglistigen Theilung einzuschränken sey? Viele Ausleger[55]) glauben dies vorzüglich darum behaupten zu müssen, weil immer im Zweifel anzunehmen sey, daß die Verfasser des Justinianeischen Codex von dem ursprünglichen Sinn der Constitutionen, welche sie excerpirten, nicht abgewichen sind. *Divisiones perperam factae* wären daher die nämlichen, *quae per fraudem* vel

55) *Ger.* NOODT de forma emend. doli mali cap. 7. Tom. I. *Oper.* pag. 362. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 695. not. 14. *Bern. Henr.* REINOLD Opuscul. iurid. Exercit. II. §. 6. pag. 617. *Io. Frid.* BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 9. *Io. Adr.* MEURS Diss. cit. de inaequali hereditatis divis. corrigenda. Cap. IV. §. 1. GEBAUER Diss. cit. de hercto cito Cap. I. §. 5. sqq. PÜTTMANN Probabil. iuris civ. Lib. I. Cap. 7. pag. 60. MALBLANC Princip. iur. Rom. h. t. §. 457. in fin. u. a. m.

vel dolum factae sunt. Ich läugne nicht, daß es Pflicht des Auslegers sey, die noch vorhandenen Quellen, aus welchen Justinians Gesetzgebung geschöpft ist, zur Aufklärung der letztern so viel möglich zu benutzen; allein nie darf ihn diese Benutzung dazu verleiten, die deutliche Vorschrift des Justinianeischen Rechts zu übersehen, und eine offenbar widerrechtliche Interpretation damit zu rechtfertigen[56]). Es wird nun nicht schwer seyn, zu beweisen, daß dieses bey der Erklärung der *L.* 3. *C. Commun. utriusq. iud.* der Fall sey. Alles kommt darauf an, was das Wort *perperam* in der Verordnung der Kaiser **Diocletian** und **Maximian** bedeute? und ob es **Tribonian** bey der Interpolation dieser Verordnung in einer andern Bedeutung genommen habe? Fast alle Ausleger sagen, daß *perperam* in der *L.* 3. *Cod. Gregor. h. t.* so viel als betrügerisch oder arglistig bedeute. Allein sie haben unrecht. Das Rescript der Kaiser spricht zwar von einer solchen Theilung, die auf eine betrügerische und arglistige Art geschehen war; allein man erwäge, daß das Wort *perperam* in dem Entscheidungsgrunde vorkommt, welcher eine allgemeine Verordnung andeutet, unter welche der den Kaisern vorgelegte Fall nur subsumirt wird. Denn daß die Kaiser in ihren Rescripten und Decreten mehrentheils nur nach dem gemeinen Rechte sprachen und entschieden, ist bekannt[57]). Nun war es Grundsatz des gemeinen Rechts: *Maioribus etiam in perperam factis divisionibus subveniendum esse*[58]).

Daher

56) S. THIBAUT Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts §. 41.

57) S. THIBAUT in der angeführten Theorie §. 38.

58) *L. 3. C. Quibus ex caus. maiores.*

Daher konnte die Rechtshülfe auch bey betrügerischen Theilungen dem Verletzten nicht versagt werden. *Divisio perperam facta* heißt also vielmehr jede unrichtige, und daher ungleich ausgefallene Theilung, sie habe Betrug oder Irrthum zum Grunde. Brisson[59]), Richter[60]) und Scheller[61]) haben durch eine Menge von Stellen erwiesen, daß sowohl in den Schriften der Classiker, als in den Fragmenten der Römischen Juristen die Worte *perperam* und *recte* immer einander entgegen gesetzt werden[62]), und Ersteres soviel heiße, als unrecht, unrichtig, oder falsch, es sey aus Irrthum[63]), oder wegen eines Betrugs[64]). Tribonian hat nun, mit Weglassung des ganzen ersten Theils des Rescripts, welcher die den Kaisern vorgelegte Rechtsfrage enthält, blos den zum Entscheidungsgrund angenommenen allgemeinen Satz beybehalten, ohne ihn jedoch blos auf den Fall einer dolosen Theilung zu beschränken, von welchem eigentlich die Kaiser Diocletian und Maximian nur reden; dabey aber deutlicher noch, als es in dem Rescript geschehen war, bestimmt, daß hier blos von außergerichtlichen Theilungen

59) De Verbor. Significat. v. *Perperam.*

60) De Significat. Adverbior. in iure v. *Perperam* pag. 618.

61) Lateinisch-deutsches Lexicon v. *Perperam.*

62) *L. 8. §. 4. D. Si servitus vindicet. L. 22. §. 4. D. Rat. rem haberi,* LIVIUS Lib. I. cap. 23.

63) *L. 40. D. de condict. indeb. L. 9. D. de pecun. constituta. L. 4. §. 2. D. pro suo. L. 1. et 2. Cod. Si maior factus alienat.* CICERO *in Verrem* Lib. II. cap. 23. SUETON. in *Domitiano.* Cap. 11.

64) *L. 2. Cod. de poena iud. qui male iudicav.*

lungen die Rede sey[65]). Wie offenbar widerrechtlich nach dieser Ansicht die Erklärung derjenigen erscheine, welche die *L.* 3. *Cod. Commun. utr. iudic.* blos von einer arglistigen Theilung verstehen wollen, um sie dem Codex Gregorignus anzupassen, werden folgende Gründe vollends außer Zweifel setzen.

Erstens wäre nicht nöthig gewesen, die Worte *sine iudicio*, die doch in dem Rescript der Kaiser gar nicht standen, der *L.* 3. *C. Commun. utr. iud.* einzuschalten, wenn dieselbe blos auf betrügerische Theilungen sich allein beziehen sollte, weil ja auch eine gerichtliche Theilung, bey welcher man durch den Betrug desjenigen verletzt worden ist, mit welchem man zu theilen hatte, bekannten Rechten nach nicht gilt[66]).

Zweitens wäre es ja eine unerhörte Tavtologie, wenn man die Worte *per fraudem*, *vel dolum*, *vel perperam*, für ganz gleichbedeutend halten wollte. Daß Tribonian die Worte *fraus* und *dolus* mit einander verbunden hat, ohnerachtet das Wort *dolus* in der Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian nicht stand, ist nichts

G 2 beson-

65) Die Worte *sine iudicio*, welche Tribonian *L.* 3. *C. Comm. utr. iud.* hinzugefügt hat, erklärt Dion. Gothofredus in Not. u. ad L. 3. Cod. ganz falsch durch *sine consilio*. Sie sollen offenbar soviel als *sine iudice* heißen. Denn so wird das Wort *iudicium* öfters genommen, wie *Ger.* NOODT de emend. doli mali Cap. 7. Tom. I. *Oper.* pag. 362. gezeigt hat. Man kann aber auch ganz füglich unter *iudicium* eine gerichtliche Verhandlung und Entscheidung verstehen, welche Bedeutung noch gewöhnlicher ist. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Iudicium*.

66) *L.* 8. *in fin. Cod. de Collationib.*

besonders; denn dies findet man auch bey den besten Classikern[67]). *Inest enim dolo et fraus*, sagt Ulpian *L.* 7. §. 10. *in fin. D. de pact.* Daher die häufigen Verbindungen dieser beyden Wörter in den Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten[68]). Aber das Wort *perperam* in unserer *L.* 3. *C.* auch für Betrug zu erklären, wäre gewiß das seltenste Beyspiel einer Tavtologie, dergleichen man nach den Regeln einer vernünftigen Auslegung durchaus nicht annehmen darf, da im Zweifel ein Gesetz immer so erklärt werden muß, daß kein Wort vergeblich dastehe, sondern vielmehr jedes Wort etwas zur deutlichen Bestimmung des Willens des Gesetzgebers beytrage[69]).

Hiernächst kommt **drittens** in vorzügliche Betrachtung, daß das Wort *improbum*, welches in dem Rescript der Kr. Diocletian und Maximian steht, in der *L.* 3. *C. Commun. utr. iud.* weggelassen worden ist. Statt dessen heißt es blos: *Quod* ***inaequaliter*** *factum esse constiterit.* Daß dieses blos der Kürze wegen geschehen seyn sollte, ist nach den bereits angeführten Gründen nicht zu glauben, sondern es liegt hierin ein neuer überzeugender Beweis, daß die *L.* 3. nicht blos auf solche Theilungen allein eingeschränkt seyn solle, wobey ein Theil durch den Betrug des andern verletzt worden ist, sondern daß auch, ohne Betrug, wegen einer aus Irrthum veranlaßten Ungleichheit

67) CAESAR *de bello civ.* Lib. II. cap. 14. S. **Schellers** Lexicon v. FRAUS.

68) *L.* 8. §. 6. *D. de liberat. leg.* *L.* 3. *D. Quando ex facto tutor.* *L.* 3. §. *ult. D. pro socio.* BRISSONIUS de Verb. Signif. v. FRAUS.

69) S. den 1. Th. dieses **Commentars** §. 35. S. 229.

gleichheit eine Abänderung derselben Statt finde, wie Jacob Voorda[70]) sehr gründlich bemerkt hat. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man erwägt, daß Tribonians Absicht, wie sein ganzes Verfahren bey der Interpolation der Verordnung des Gregorianischen Codex beweißt, offenbar nur dahin gegangen sey, den in dieser Verordnung enthaltenen Entscheidungsgrund auszuheben, und solchen in ein allgemeines Rechtsprincip zu verwandeln.

Vergleicht man endlich Viertens die *Consultatio veteris cuiusdam Iurisconsulti*, dessen Name und Zeitalter uns zwar unbekannt ist, der aber aller Wahrscheinlichkeit nach in der Periode zwischen Theodos dem Jüngern und Justinian gelebt haben mag; betrachtet man die Gelegenheit, bey welcher dieser alte Jurist die oben angeführte Stelle des Gregorianischen Codex citirt hat, so finden wir auch darin ein neues uns noch mehr bestärkendes Argument, daß man den Großjährigen nach einem gemeinen Rechtsprincip, welches die Kaiser Diocletian und Maximian in ihrem Rescript zum Grunde legten, bey außergerichtlichen Theilungen, auch wegen einer andern Ungleichheit, als die durch Betrug veranlaßt worden ist, die Wohlthat der Restitution nicht zu versagen pflegte. Es sagt nämlich dieser *Vetus Iurisconsultus* in seiner Consultation §. 2.

Secundo loco me consulendum sub hac voce duxisti, ut diceres, divisionem in castello sic factam a marito mulieris ipsius, ut, illa nesciente, domus cum membris suis vel hospitiis circumjectis divisa sit sine conscientia uxoris. Si ea praedictus maritus fecerit,

 nulla

70) Elector. lib. sing. Cap. 26. pag. 257.

nulla aequalitate servata, nulla compensatione in omnibus custodita, ad haec verba ex legum constitutione respondi, maritum in negotiis uxoris sine mandato non recte aliquid definire: nec posse aliquid firmum, et stabile esse, quod sine conscientia uxoris de rebus uxoriis visus fuerit transegisse; praesertim si doceatur *inutilis* esse, et *sine aequalitate*, vel *compensatione ipsa divisio*. Notum est, quod etiam, si mandato uxoris r.iteretur, et *fraudulenta divisio*, *vel minus aequalis posset ostendi*, vacua et inanis specialiter remaneret etc.

Eben dieser alte Jurist citirt nach der schon oben angeführten Verordnung des Gregorianischen Codex noch eine andere von eben den Kaisern Diocletian und Maximian, welche für uns merkwürdig ist. Er sagt:

Item alia eodem libro et Corpore. *Impp.* DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS AA. *Aproniae Mammae.* Si divisio inter te et sororem tuam non bona fide facta est, *etiam citra Principalis restitutionis auxilium*, *quod etiam maioribus tribui solet*, ad aequitatis temperamentum reformari potest, etc.

Aus diesem allen wird man sich nun wohl hinlänglich überzeugt haben, daß die Verordnung des Gregorianischen Codex, aus welcher die *L. 3. C. Iust. Comm. utriusq. iudic.* geflossen ist, auf einem allgemeinen Rechtsprincip von Abänderung ungleicher Theilungen beruhe, die Ungleichheit habe Betrug oder Irrthum zum Grunde, und daß Tribonian diesen Grundsatz, mit Weglassung des besondern Falles, welchen die Kaiser blos unter diesen allgemeinen Grundsatz subsumirten, ganz richtig aufgefaßt habe, ohne

ihn

ihn einer unleidlichen Tavtologie beschuldigen zu dürfen. Nur ist die Frage noch, wegen welcher Ungleichheit eine Abänderung der Theilung gefordert werden könne? Das Gesetz bestimmt hierüber nichts, sondern sagt ganz allgemein: *Quod inaequaliter factum est constiterit, in melius reformabitur.* Nach den Regeln einer richtigen Interpretation dürfen wir also auch keinen Unterschied machen, die Läsion sey mäßig oder unmäßig. Allein viele, ältere und neuere, Rechtsgelehrten wollen uns hier eines Andern belehren. Wird die Theilung wegen eines begangenen Betrugs angefochten, so räumen alle ein, daß jede Verletzung abzuändern sey, ohne auf die Größe derselben Rücksicht zu nehmen. Ist hingegen kein Betrug erweißlich, so behaupten viele, daß die Theilung nur wegen einer unmäßigen Verletzung, d. i. wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden könne. Denn es trete hier die Analogie vom Kaufe ein. In wiefern sie hierin recht oder unrecht haben, wird sich gleich ergeben. Die Gesetze sagen allerdings, die Theilung sey wie eine Art von Kauf anzusehen[71]). Allein offenbar geht die Absicht derselben nur dahin, ein Princip aufzustellen, wornach die Rechte bey Theilungen, von Seiten der Veräußerung betrachtet, zu bestimmen sind, z. B. in Ansehung der Minderjährigen, wenn sie entweder selbst auf Theilung dringen, oder von den übrigen Theilhabern dazu aufgefordert worden, desgleichen in Rücksicht der Evictionsleistung, besonders wegen der deshalb statt habenden Klagen, u. s. w. Soweit hingegen kann man diese Aehnlichkeit nicht ausdehnen, um auch da gleiche Rechte eintreten zu lassen, wo die ganz

71) L. 1. C. Commun. utriusq. iudic.

verschiedene Natur beyder Geschäfte dies schlechterdings nicht erlaubt. Diese Verschiedenheit zeigt sich nun aber gerade da, wo über erlittene Läsion Beschwerde geführt wird. Beym Kaufe erfordern die Gesetze kein vollkommen gleiches Verhältniß zwischen dem Werth der Sache, und dem Preis. Sie sagen vielmehr ausdrücklich [72]): In pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. Kein Wunder, wenn hier die Läsion nur dann, wenn sie unmäßig ist, eine Ursache geben kann, den Kauf anzufechten. Von ganz anderer Beschaffenheit hingegen ist das Geschäft der Theilung. Hier erfordern die Gesetze schlechterdings, *ut in omnibus aequabilitas servetur* [73]); et *quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformetur*, wie es in unserer L. 3. cit. ausdrücklich heißt. Mit Recht sagt daher Anton Faber [74]): *Diversam esse semperque fuisse divisionis et venditionis rationem in eo, quod non, sicuti naturaliter licet contrahentibus in emendo et vendendo se in pretio decipere, ita et in dividendo permissum est, ut suam quisque ex divisoribus portionem alieno incommodo faciat ampliorem, quam ex ratione esse debeat. Id enim agunt, qui dividunt, ut unusquisque id duntaxat ferat, quod suum est, ex alieno autem nihil: quamobrem nec quidquam acquirere dicitur, qui dividit, quoniam licet fiat dominus eius portionis, quam in re communi socius habebat, tamen de suo tantundem praestat socio, quantum ab eo accipit. Aequitas igitur iudicii bonae fidei sufficere potest ad contractum, qui inaequaliter factus est,*

72) *L. 16. §. 4. D. de minorib. L. 22. §. 3. D. Loc.*

73) *L. 4. C. Communi divid.*

74) De Errorib. Pragmaticor. Decad. VIII. Err. 1.

est, *in melius reformandum*. Die *L*. 2. *C*. *de resc*. *vendit*. kann also bey Theilungen durchaus keine Anwendung finden, und es ist gleichviel, die Verletzung sey im Antheile, oder im Anschlage geschehen. Denn wenn auch bey der Theilung die Sache dem Miterben für den taxirten Werth überlassen wird, so geht doch dadurch das Geschäft eben so wenig in einen reinen Kauf über, als durch die Schätzung des Heyrathsgutes die causa dotis geändert wird [75]. Gleichheit und Billigkeit, welche gleichsam die Seele der Theilungen ist, wird dadurch nicht aufgehoben. Daher kann auch dem Großjährigen, wenn er durch die Ungleichheit der Theilung auch ohne Arglist des Andern verletzt worden, die Rechtshülfe nicht versagt werden, wenn gleich die Verletzung bey weitem keine unmäßige ist, weil die bona fides, welche den Hauptentscheidungsgrund der *L*. 3. *C*. *Comm*. *utr*. *iud*. ausmacht, nicht erlaubt sich mit des andern Schaden zu bereichern [76]) Aus diesen Gründen scheint mir nun die oben angeführte erste Meinung vor der zweyten und dritten den Vorzug zu verdienen [77]). Welche von diesen Meinungen aber der Gerichtsbrauch annimmt,

75) *L*. 16. *D*. *de iure dot*.

76) *L*. 6. §. 2. *D*. *de iure*. *dot*. sagt: Quia bono et aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum. Es ist daselbst ausdrücklich von verletzten Großjährigen die Rede.

77) Ein ehemaliger fleissiger Zuhörer meiner Vorlesungen, Herr Doctor ELSAESSER, hat die hier vertheidigte Meinung in seiner Dissertat. inaug. Quaestionem: An ad impugnationem divisionis extraiudicialis laesio requiratur ultra dimidium, exponens, *Erlangae* 1798. 4. sehr gut ausgeführt.

nimmt, läßt sich, wie Stryk[78]) mit Recht bemerkt, nicht gewiß bestimmen. Es fehlt indessen auch nicht an Urtheilssprüchen, welche jene erste Meinung bestärken, dergleichen man bey Cramer[79]) und Böhmer[80]) finden wird[81]). Uebrigens ist es gleichgültig, ob die Theilung durch das Loos, oder durch sonstige Uebereinkunft der Partheyen gemacht worden ist, auch jene kann, sofern die Interessenten sich nicht wissentlich die ungleichen Loose haben gefallen lassen, wegen der Ungleichheit angefochten werden, sie habe einen Dolus oder Irrthum zum Grunde. Denn die Theilung durch das Loos ist für keinen Transact zu halten[82]).

Die Klage auf Abänderung der ungleichen Theilung fällt jedoch weg, wenn der Testirer selbst getheilt hat. Der Vater

78) Us. Mod. Pand. h. t. §. 8.

79) Observat. iuris univ. Tom. II. P. II. Obs. 770.

80) Auserlesene Rechtsfälle 1. Bandes 2. Abth. Nr. 76. und 2. Bandes 2. Abth. Nr. 176. Qu. 3. et 4.

81) Nach dem französischen Civilrecht kann jede Theilung, sie mag gerichtlich oder aussergerichtlich geschehen seyn, von dem Erben angefochten werden, wenn ein Miterbe dabey überlistet, oder über den vierten Theil, in Beziehung auf den Werth, den die Sachen zur Zeit der Theilung hatten, verletzt worden ist. *Code Napol. Art. 887.* S. Jacob von Maleville Commentar über das Gesetzbuch Napoleons 2. Band S. 327. Les Pandectes français. par *I. B.* DELAPORTE et *P. N.* RIFFÉ-CAUBRAY Tom. VII. pag. 375. sq. und ZACHARIAE Handb. des französ. Civilrechts, 2. Bd. §. 353. S. 191. f.

82) S. *de* COCCEJI ius. civ. controv. h. t. Qu. 9. und die schon öfters angef. Crellische Diss. Utrum divisio per sortitionem facta ob laesionem rescindi possit? *Vitemb. 1743.*

Vater kann sogar unter seinen Kindern eine ungleiche Theilung seines Nachlasses machen, von welcher auch der Richter selbst nicht abweichen darf. Nur sofern eine Verletzung im Pflichttheile daraus entstünde, könnte auf dessen Ergänzung geklagt werden [83]).

Ob aber auch bey einer vom Testirer gemachten Theilung die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung wegfalle, ist streitig. Einige [84]) behaupten dieses wirklich, und nehmen nur den Fall aus, wenn durch die Entwährung Notherben in ihrem Pflichttheile verkürzt worden sind. Nur in diesem Falle trete von Seiten der übrigen Miterben eine Verbindlichkeit zur Evictionsleistung ein, sonst auch nicht einmal bey Notherben, weil der Erblasser auch seinen Notherben, außer dem Pflichttheile, eben so wenig, als fremden Personen etwas zu hinterlassen schuldig sey, und sie daher auch in ungleichen Theilen einsetzen könne. Andere [85]) hingegen unterscheiden, ob der Testirer die evincirte Sache einer mit ihm verwandten Person oder seiner Frau zugetheilt habe, oder einem fremden Miterben. In den beyden ersten Fällen müsse Eviction geleistet werden, der Testirer möge gewußt

83) *L. 7. L. 16. L. 21. et L. fin. Cod. h. t.* S. BERGER Diss. cit. de reformatione divisionis extraiud. ex causa modicae laesionis. Th. 14.

84) TREUTLER Vol. I. Disput. XIX. Th. 12. lit. D. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iuris civ. Exercit. XV. Th. 12. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 11.

85) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. *a* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 204. §. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3053. EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 11. not. l. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 729. S. 152.

gewußt haben, oder nicht, daß die Sache eine fremde Sache sey. In dem letzten Falle hingegen könne der Erbe nur dann Evictionsleistung fordern, wenn er beweisen kann, der Testirer habe es gewußt, daß die evincirte Sache einem Dritten zugehöre, sonst falle die Gewährleistung weg. Diese argumentiren von dem Vermächtniß fremder Sachen [86]). Noch andere [87]) suchen endlich die Statthaftigkeit der Evictionsleistung in Ansehung aller Erben ohne Unterschied zu vertheidigen. Diese letztere Meinung wird auf die Vermuthung gegründet, daß nach der Gesinnung des Erblassers ein jeder Miterbe den ihm angewiesenen Erbtheil unfehlbar völlig und unverkürzt erhalten solle, und daher im Falle der Entwährung einer unter der Verlassenschaft begriffenen Sache ein jeder Miterbe dem Andern in Hinsicht auf die entwährte Sache nach dem Verhältniß seines Antheils zur Evictionsleistung verbunden sey. Jedoch nimmt man den Fall aus, wenn der Erblasser aus besonderer

86) *§. 4. I. de legat. L. 10. Cod. eodem. L. 77. §. 8. D. de Legat. II.*

87) WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disputat. XLI. Th. 14. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23. BACHOV ad *Treutlerum* Vol. I. Disp. XIX. Th. 12. lit. D. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 12. *Io. a* SANDE Decis. aur. Lib. IV. Tit. 11. Def. 2. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 8. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. XXI. Tit. 2. §. 12. WERNHER lectissim. Commentationes in Pand. h. t. §. 10. WALCH Introd. in Controv. iur. civ. Sect. III. Cap. 6. §. 11. pag. 672. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. Band 105. Meditat. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. III. §. 589. pag. 565. und Joh. Bernh. Müller Versuch über die Gewährleistung. Jena und Leipzig 1805. §. 11. S. 59. f.

derer Zuneigung und Freygebigkeit dem einen Miterben eine bestimmte Sache zum Voraus vermacht hätte. Ein solches Prälegat sey der Gewährleistung nicht unterworfen. Für diese Meinung werden noch insonderheit *L.* 77. §. 8. *D. de Legat. II.* und *L.* 33. *D. h. t.* angeführt. In der erstern Stelle sagt **Papinian**: Evictis praediis, quae pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit, nulla cum fratribus et coheredibus actio erit: si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter conjectura voluntatis non patietur, eum partes coheredibus praelegatas restituere: nisi parati fuerint et ipsi patris iudicium fratri conservari. In der lettern Stelle sagt eben dieser **Papinian**: Si paterfamilias, singulis heredibus fundos legando, divisionis arbitrio fungi voluit, non aliter partem suam coheres praestare cogetur, quam si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur.

Vergleichen wir die mancherley Gesetzstellen mit einander, welche die Vertheidiger der hier vorgetragenen verschiedenen Meinungen für sich anführen, so dürfte sich vielleicht diese sehr streitige Frage auf folgende Art am richtigsten entscheiden lassen. Wenn bey einer vom Testator gemachten Theilung, einem Miterben die ihm zugetheilte Sache evincirt worden ist, so war ihm diese Sache entweder

1) als ein Prälegat bestimmt; und dann war die Sache entweder

a) als eine Species xc. nacht. Hier treten die Grundsätze vom legato rei alienae ein, *L.* 10. *C. de legat.* und es ist so zu unterscheiden, wie die Vertheidiger

der

der oben angeführten zweyten Meinung unterschieden haben. Oder sie war

b) als ein genus legirt. Hier kann ohne Unterschied Gewährleistnng gefordert werden. *L. 29. §. 3. D. de legat. III.*

2) Die evincirte Sache war als Erbportion bestimmt, und dann hatte der Testator die Theilung entweder

a) unter seinen Kindern gemacht. Diese sind einander gegenseitig zur Evictionsleistung verbunden. Denn sind gleich die Eltern ihren Kindern mehr, als den Pflichttheil, zu hinterlassen nicht schuldig, so ist doch die stärkste Vermuthung vorhanden, daß sie wegen der gleichen Liebe, die sie zu ihren Kindern haben, nicht wollen, daß eins derselben in seinem ihm zugetheilten Antheile verkürzt werde. Dies bestärkt auch noch mehr die oben angeführte *L. 77. §. 8. D. de Legat. II.*

b) Die Theilung ist unter andern Erben gemacht, welche die ihnen hinterlassene Erbschaft als eine bloße Freygebigkeit des Erblassers anzusehen haben. Hier sind die Miterben einander gegenseitig zur Evictionsleistung nicht gehalten, außer wenn der Testirer es ausdrücklich verordnet hat, oder die Erben sich dazu gegenseitig verpflichtet haben, oder der heres evictus beweisen kann, daß der Testirer gewußt habe, die Sache sey eine fremde Sache, oder daß er ihm diese Sache auf jeden Fall zugedacht habe, er möge jene Beschaffenheit gewußt haben, oder nicht. *Arg. L. 10. C. de legatis.*

§. 735.

Personalprästationen bey der Erbsonderungsklage.

Außer der Theilung der Erbschaft geht die Erbsonderungsklage auch noch auf mancherley Personal-Prästationen. Diese sind

1) Be-

1) Berechnung und verhältnißmäßige Herausgabe der von einem Miterben aus der Erbschaft gezogenen Nutzungen [88]), sie mögen vor oder nach Antretung der Erbschaft gezogen worden seyn [89]). Nachweisung und Berechnung der unter sich gehabten Gelder des Erblassers [90]); und Entschädigung für das, was er mit erbschaftlichen Geldern für sich gekauft hat [91]).

2) Ersatz des Schadens, den ein Miterbe durch dolus oder culpa an erbschaftlichen Sachen zugefügt hat. Er muß nur den Schaden als Erbe angerichtet haben, also nicht etwa schon vorher und noch beym Leben des Erblassers, wenn mit der Erbtheilungsklage deshalb Vergütung soll gefordert werden können. Ulpian sagt ausdrücklich *L.* 16. §. 4. *D. h. t.* Nam et omnia, quae quis in hereditate dolo aut culpa fecerit, in iudicium familiae erciscundae veniunt: sic tamen, si quasi heres fecerit. Et ideo, si vivo testatore unus ex heredibus pecuniam sustulerit, in familiae erciscundae iudicium ea non venit:

88) *L. 19. D. h. t.* Item ex diverso similiter prospicere iudex debet, ut, quod unus ex heredibus ex re hereditaria percepit, stipulatusve est, non ad eius solius lucrum pertineat. Quae ita scilicet consequetur iudex, si aut reputationes inter eos fecerit, aut si curaverit cautiones interponi, quibus inter eos communicentur commoda et incommoda. *Reputationes* sind gegenseitige Abrechnungen, wie die Basiliken Tom V. pag. 676. dieses Wort erklären.

89) *L. 44. §. 3. D. h. t. L. 9. Cod. eodem.*

90) *L. 52. §. 1. D. h. t.*

91) *L. 4. C. Commun. utriusque iudic.* S. Westphal in dem angef. System von den einzelnen Vermächtnißarten §. 782—786.

venit: quia tunc nondum heres erat: ubi autem quasi heres facit, etsi aliam praeterea quis actionem habeat, tamen teneri eum familiae erciscundae iudicio, *Iulianus* scribit. Uebrigens ist der Miterbe für jedes positive Factum, wodurch er Schaden gethan hat, verantwortlich, in so fern es zu vermeiden gewesen wäre, und er kann deshalb sowohl ex Lege Aquilia, als familiae erciscundae iudicio belangt werden. Ulpian läßt uns hierin nicht zweifeln, wenn er sagt *L.* 16. §. 5. *D. h. t.* Si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit, vel interleverit, *teneri quidem lege Aquilia*, quasi corruperit, non minus autem etiam *familiae erciscundae iudicio.* Hat er hingegen durch seine Unthätigkeit Schaden veranlaßt, so haftet er nur für seine Culpa in concreto, das heißt, er ist nur in so weit dafür verantwortlich, als er dergleichen Nachlässigkeit nicht in seinen eigenen Geschäften zu begehen pflegt, und diese kann auch culpa lata seyn, nämlich wenn er in seinen eigenen Geschäften ebenfalls grobe Versehen begeht. Läßt sich daraus kein Maasstab hernehmen, weil er als Hausvater seinen eigenen Geschäften noch nicht vorstand, so haftet er für culpa levis [92]). Hierher gehören folgende Stellen.

L. 25. §. 16. *D. h. t.* Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres. — *Non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias:* quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. *Talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus.*

L. 22.

92) S. SCHORMANS Handbuch des Civilrechts 1. Band. S. 329—336.

L. 22. §. 3. D. ad SCtum Trebell. Si quis rogetur restituere hereditatem, et vel servi decesserint, vel aliae res perierint: placet, non cogi eum reddere, quod non habet, culpae plane reddere rationem; sed eius, *quae dolo proxima est*, et ita *Neratius* libro primo Responsorum scribit. Sed et si, cum distrahere deberet, non fecit, *lata culpa*, non levi, *et rebus suis consueta negligentia*, huiusmodi rei rationem reddet.

Hier ist zwar eigentlich von einem Universalfiduciar die Rede; allein da auch dieser wegen der ihm gebührenden Quarte als Communionsinteressent anzusehen ist, so daß daher auch zwischen ihm und dem Fideicommissar das iudicium familiae erciscundae Statt findet[93]), so gehört diese Stelle mit hierher.

L. 25. §. 18. D. h. t. *Culpae* nomine tenetur, qui cum ante alios ipse adisset hereditatem, servitutes praediis hereditariis debitas passus est non utendo amitti.

3) Erstattung der für die Erbschaft gehabten Auslagen und Unkosten mit den Zinsen des Verzugs. Denn die Erbtheilungsklage ist eine actio bonae fidei. Ulpian sagt *L. 18. §. 3. D. h. t.* Sumtuum, quos unus ex heredibus bona fide fecerit, *usuras* quoque consequi potest a coherede *ex die morae*, secundum rescriptum Imperatorum SEVERI et ANTONINI. Es wird jedoch vorausgesetzt,

1) daß

93) *L. 24. §. 1. D. h. t.* S. SCHOEMAN a. a. O. S. 332. und VOET de fam. ercisc. Cap. X. nr. 8.

venit: quia tunc nondum heres erat: ubi autem quasi heres facit, etsi aliam praeterea quis actionem habeat, tamen teneri eum familiae erciscundae iudicio, *Iulianus* scribit. Uebrigens ist der Miterbe für jedes positive Factum, wodurch er Schaden gethan hat, verantwortlich, in so fern es zu vermeiden gewesen wäre, und er kann deshalb sowohl ex Lege Aquilia, als familiae erciscundae iudicio belangt werden. Ulpian läßt uns hierin nicht zweifeln, wenn er sagt *L.* 16. §. 5. *D. h. t.* Si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit, vel interleverit, *teneri quidem lege Aquilia*, quasi corruperit, non minus autem etiam *familiae erciscundae iudicio.* Hat er hingegen durch seine Unthätigkeit Schaden veranlaßt, so haftet er nur für seine Culpa in concreto, das heißt, er ist nur in so weit dafür verantwortlich, als er dergleichen Nachlässigkeit nicht in seinen eigenen Geschäften zu begehen pflegt, und diese kann auch culpa lata seyn, nämlich wenn er in seinen eigenen Geschäften ebenfalls grobe Versehen begeht. Läßt sich daraus kein Maasstab hernehmen, weil er als Hausvater seinen eigenen Geschäften noch nicht vorstand, so haftet er für culpa levis[92]). Hierher gehören folgende Stellen.

L. 25. §. 16. *D. h. t.* Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres. — *Non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias:* quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi: et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. *Talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus.*

L. 22.

92) S. SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts 1. Band. S. 329—336.

L. 24. §. 3. *D. ad SCtum Trebell.* Si quis rogetur restituere hereditatem, et vel servi decesserint, vel aliae res perierint: placet, non cogi eum reddere, quod non habet, culpae plane reddere rationem; sed eius, *quae dolo proxima est*, et ita *Neratius* libro primo Responsorum scribit. Sed et si, cum distrahere deberet, non fecit, *lata culpa*, non levi, *et rebus suis consueta negligentia*, huiusmodi rei rationem reddet.

Hier ist zwar eigentlich von einem Universalfiduciar die Rede; allein da auch dieser wegen der ihm gebührenden Quarte als Communionsinteressent anzusehen ist, so daß daher auch zwischen ihm und dem Fideicommissar das iudicium familiae erciscundae Statt findet [93]), so gehört diese Stelle mit hierher.

L. 25. §. 18. *D. h. t.* *Culpae* nomine tenetur, qui cum ante alios ipse adisset hereditatem, servitutes praediis hereditariis debitas passus est non utendo amitti.

3) Erstattung der für die Erbschaft gehabten Auslagen und Unkosten mit den Zinsen des Verzugs. Denn die Erbtheilungsklage ist eine actio bonae fidei. Ulpian sagt *L.* 18. §. 3. *D. h. t.* Sumtuum, quos unus ex heredibus bona fide fecerit, *usuras* quoque consequi potest a coherede *ex die morae*, secundum rescriptum Imperatorum SEVERI et ANTONINI. Es wird jedoch vorausgesetzt,

1) daß

93) *L.* 24. §. 1. *D. h. t.* S. SCHORMAN a. a. O. S. 332. und VOET de fam. erc. Cap. X. nr. 8.

1) daß diese Unkosten erst nach dem Tode des Erblassers verwendet worden sind, nachdem der Erbe gewußt, daß ihm die Erbschaft zu einem gewissen Antheile zustehe, und er auch in dieser Eigenschaft die Erbschaft schon angetreten hatte. Denn was er vorher verwendet hat, deswegen kann er nur mit der actio negotiorum gestorum klagen [94].

2) Er muß die Unkosten absichtlich und wissentlich um der Erbschaft willen verwendet haben. Was er nicht animo heredis, obgleich zum Nutzen der übrigen Miterben verwendet hat, dafür kann er nicht mit der actio familiae erciscundae, sondern nur mit der actio negotiorum gestorum Ersatz fordern [95].

3) Es müssen die gehabten Auslagen die Erbschaft im Ganzen betreffen, oder es muß wenigstens das Geschäft untheilbar gewesen seyn, welches den Kostenaufwand veranlaßte, so daß es der Miterbe nicht blos für seinen Antheil besorgen konnte [96]. Denn sind sie durch Erfüllung einer den einzelnen Erben obliegenden theilbaren Verbindlichkeit verursacht worden, so findet nicht die Erbtheilungsklage, sondern blos die actio negotiorum gestorum Statt. Nur in jenen beyden erstern Fällen kann also die actio familiae erciscundae angestellt werden, und dann wird doch immer noch vorausgesetzt, daß die Erbtheilungsklage nicht

94) *L. 49. §. ult. D. h. t.* VOET de familia erciscunda Cap. X. nr. 3.

95) *L. 44. §. 3. D. h. t.* VOET c. l. nr. 4.

96) S. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 37. Man sehe auch Westphal in dem angef. System §. 799. ff.

nicht etwa vorher schon angestellt gewesen, und die Erbschaft getheilt sey, weil sonst auch hier nur die actio negotiorum gestorum allein Statt haben würde. Hat also der Erbe eine Schuld bezahlt, die jeder der Miterben, wenn er deshalb selbst wäre belangt worden, hätte ganz bezahlen müssen, z. B. ein Erbe hat eine verpfändet gewesene erbschaftliche Sache eingelöset, welche nicht anders, als mit Bezahlung der ganzen darauf haftenden Schuld frey gemacht werden konnte; so fordert er von den übrigen Miterben ihren verhältnißmäßigen Beytrag mit der Erbtheilungsklage, oder auch mit der actione negotiorum gestorum, und diese Forderung bleibt ihm auch dann noch gewiß, wenn auch das eingelößte Pfand noch vor der Erbtheilung zufällig verunglücken sollte. Eben so ist es, wenn ein Miterbe durch Befriedigung eines Legatars, welcher die Immission in die Güter der Erbschaft erlangt hatte, den Nachlaß von dem durch die Immission entstandenen prätorischen Pfandrechte befreyet; oder die Erbschaft gegen die Ansprüche eines Dritten durch seine Vertheidigung gerettet, und die Prozeßkosten bestritten hat. Wenn hingegen ein Miterbe eine erbschaftliche Schuld ganz bezahlt hat, die nicht in solidum auch gegen einen einzelnen Erben hätte eingeklagt werden können, von welcher also dieser Erbe nur seinen Antheil hätte bezahlen dürfen, so kommt ihm seiner Entschädigung halber nur die actio negotiorum gestorum zu. Auf solche Art stehen nun folgende Gesetzstellen unter einander in der besten Harmonie.

L. 18. §. 1. *Cod. h. t.* In communi autem hereditate quin sumtus ab uno facti bona fide, *familiae erciscundae iudicio*, vel *negotiorum gestorum actione* servari possint, non est ambiguum.

 L. 3.

L. 3. Cod. de negot. gestis. Sive pro fratre coherede pecuniam solvisti, *negotiorum gestorum actione* experiri potes: sive pignoris liberandi gratia debitum universum solvere coactus es, *actionem eandem habebis*, vel *iudicio familiae erciscundae*, si non est inter vos redditum, eam quantitatem assequeris.

L. 18. §. 6. et 7. D. h. t. Cum unus ex heredibus legatum exsolvit ei, qui missus fuerat in possessionem legatorum servandorum causa, putat *Papinianus*, et verum est, *familiae erciscundae iudicium* ei competere adversus coheredes: *quia non alias discederet legatarius a possessione, quam vice pignoris erat consecutus, quam si totum ei legatum fuisset exsolutum.* — Sed et si quis Titio debitum solverit, ne pignus veniret: *Neratius* scribit, *familiae erciscundae iudicio* eum posse experiri.

L. 31. D. eodem. Si servus pignori obligatus luatur ab uno ex heredibus, quamvis postea decedat, officium tamen arbitri durat. Sufficit enim communionis causa, quae praecessit, quaeque hodie duraret, si res non intercidisset.

L. 25. §. 15. D. eodem. Si unus ex coheredibus noxali iudicio servum hereditarium defenderit, et litis aestimationem obtulerit, cum hoc expediret: id pro parte hoc iudicio consequatur. Idem est et si unus legatorum nomine caverit, ne in possessionem mitterentur: *et omnino, quae pro parte expediri non possunt, si unus cogente necessitate fecerit, familiae erciscundae iudicio locus est.*

L. 39. *pr.* *D.* *h.* *t.* Ex parte heres institutus, causam de totis bonis, quam omnes heredes patiebantur *ob inultam mortem* [97]), suscepit, et obtinuit. Coheres ab eo partem suam petebat, nec partem sumtuum in litem praestare volebat. Quaesitum est, an doli exceptio noceret? Respondi, si idcirco amplius erogatum esset, quod ipsius quoque causa defensa esset, habendam rationem sumtuum: sed et si omiserit doli exceptionem, agere potest de recipienda portione sumtuum.

L. 78. §. 2. *D.* *de contrah. emt.* Qui fundum ea lege emerat, *ut soluta pecunia traderetur ei possessio,* duobus

97) Statt der Worte *ob inultam mortem*, lieset unser Cod. Pand. membr. Erlang. *ob inductam mortem.* Hingegen fehlen jene Worte ganz bey Haloander, und sie stehen auch in mehreren Handschriften der Pandecten nicht, wie Brenkmann in dem Gebauerschen Corp. iur. civ. bey dieser Stelle bemerkt hat. Allein die Aechtheit derselben bestärken insonderheit die *Libri* Βασιλικῶν Tom. V. Lib. XLII. Tit. 3. Const. 39. pag. 681. wo diese Stelle so lautet: *Ἐὰν τῶν κληρονόμων ἐγκαλουμένων, ὡς μὴ ἐκδικησάντων τὴν ἀναίρεσιν τοῦ τελευτήσαντος, ὁ εἷς τοὺς λοιποὺς διεκδικήσῃ, καὶ διὰ τοῦτο πλέον δαπανήσῃ, ἔχει καὶ ἀπαίτησιν δὲ παραγραφὴν, ἀπαιτούμενος παρ᾽ αὐτῶν τὴν κληρονομίαν.* i. e. Si, cum heredes accusarentur, *quasi necem defuncti non vindicassent*, unus caeteros defenderit, et ob id amplius impenderit: coheres autem eius ab eo partem hereditatis petat iudicio familiae erciscundae, sumtuum nomine et actionem habet, et doli mali exceptionem. Man sehe übrigens *Car.* MOLINAEI Quinque Lectiones solemnes Dolonae (*Colon. Agripp.* 1594. 8.) Lect. IV. pag. 78. sqq. und Westphal in dem angef. System §. 807.

duobus heredibus relictis decessit. Si unus omnem pecuniam solverit, partem *familiae erciscundae iudicio* servabit: nec, si partem solvat, ex emto cum venditore aget; *quoniam ita contractum aes alienum dividi non potuit.*

Sind von einem Miterben Kosten blos zur Verzierung oder zum Vergnügen verwendet worden, so findet dieser Kosten wegen zwar, sofern der Aufwand noch vorhanden ist, eine Exception Statt, womit sich der Miterbe, so lange er im Besitz der Sache ist, schützen kann; allein eine Klage gestatten die Gesetze wegen dieses Aufwandes nicht, wenn nicht die übrigen Miterben dadurch erweislich bereichert worden sind[98]).

98) *L. 27. pr. D. de negot. gestis. L. 39. §. 1. D. de heredit. petit.* S. *Bruno* CASTENDYK Diss. de eo quod iustum est circa praescriptionem in iudiciis divisoriis. *Goett. 1792.* Sect. I. §. 5.

Lib. X.

Lib. X. Tit. III.

Communi dividundo.

§. 736.

Begriff des *iudicii communi dividundo.*

Die dritte Art der Theilungsklage ist das *iudicium communi dividundo.* Diese im eigentlichen Sinn sogenannte Theilungsklage ist eine gemischte Klage, welche derjenige, dem an einer gemeinschaftlichen singulären Sache ein Miteigenthum, oder sonst ein gemeinschaftliches dingliches Recht aus einem gerechten Titel zusteht, und die Theilung verlangt, gegen den andern Communionsinteressenten, welche sich beyde als Theilhaber gegenseitig anerkennen, dahin anstellt, daß die gemeinschaftliche Sache getheilt werde, und der Beklagte nebenher auch die aus der Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache entstandenen Verbindlichkeiten erfülle. Diese Klage hat also

1) eine gemeinschaftliche singuläre Sache zum Gegenstande, worunter hier alles begriffen ist, was nicht als gemeinschaftliche Erbschaft ein Object von Rechten ausmacht, es bestehe aus einer, oder aus mehreren einzelnen Sachen, welche zusammen eine universitas rerum ausmachen, wie z. B. eine Bibliothek, eine Heerde Vieh, ein Waarenlager. Ulpian sagt *L. 4. D. h. t.* Per hoc iudi-

iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus; non etiam hereditatis. Hierdurch unterscheidet sich diese Klage von der actio familiae erciscundae. Nur dann kann wegen gemeinschaftlicher Erbschaftssachen auch communi dividundo geklagt werden, wenn die Erbsonderungsklage schon einmal gebraucht worden ist, und diese Sachen erst nachher noch zum Vorschein gekommen sind, nachdem die Erbschaft schon getheilt war [99]). Sonst hat die actio communi dividundo das Meiste mit der Erbtheilungsklage gemein [100]). Darin aber ist der Unterschied zwischen beyden Klagen merkwürdig, daß die Erbtheilungsklage nicht mehr als einmal gebraucht werden kann [1]), dahingegen die actio communi dividundo so oft Statt findet, als noch etwas zu theilen übrig ist [2]).

2) Der Kläger, der sie anstellt, muß Theilhaber an der geklagten gemeinschaftlichen Sache seyn, und von dem Beklagten auch dafür anerkannt werden. Bedient sich der letztere der Ausflucht, daß der Kläger kein Mittheilhaber sey, so muß dieser erst sein gemeinschaftliches Recht an der Sache erweisen. Ist nun der Kläger im Besitz oder Mitbesitz, und der Beklagte behauptet, die Sache gehöre ihm allein zu, so wird der Beweis des Miteigenthums als ein Incidentpunct tractirt, ohne daß eine

99) *L. 34. D. Pro socio.*

100) *L. 6. §. 11. D. Comm. divid.*

1) *L. 20. §. 4. D. Famil. ercisc.*

2) *L. 4. §. 2. D. Comm. divid.* Hoc iudicium bonae fidei est. Quare, si una res indivisa relicta sit, valebit utique et caeterarum divisio: et *poterit iterum communi dividundo agi de ea, quae indivisa mansit.*

eine andere Klage braucht angestellt zu werden. Denn er gehört zur Legitimation des Klägers *ad causam* [3]). Wäre hingegen der Kläger nicht im Besitz der gemeinschaftlichen Sache, so paßt die Theilungsklage nicht, sondern der Kläger muß mit der Reivindication sein Miteigenthum ausführen. Es ist daher rathsam, daß wenn der Kläger einen Widerspruch von Seiten des Beklagten besorgt, er die Reivindication mit dem iudicio communi dividundo successivisch cumulire [4]). Noch ist zu bemerken, daß auch zwischen dem Erben und dem Legatar die Theilungsklage Statt finden kann, wenn es ungewiß ist, wieviel wegen der Falcidischen Quarte von dem Vermächtniß abgezogen und inne behalten werden könne. Paulus sagt *L.* 8. §. 1. *D. h. t.* Si incertum sit, an Lex Falcidia locum habeat, inter legatarium et heredem *communi dividundo* agi potest: aut *incertae partis vindicatio* datur [5]). - Similiter fit, et si peculium legatum sit: quia, in quantum res peculiares deminuit, id, quod domino debetur, incertum est.

3) Die Klage geht auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache, und nebenher auch auf Erfüllung der in Ansehung derselben entstandnen persönlichen Verbindlichkeiten. Ist die gemeinschaftliche Sache schon getheilt, es ist aber nach der Theilung ein gewesener Communionsinteressent

3) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 286. a. S. 36.

4) S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 4 Band §. 1134. S. 414.

5) Diese Klage hat nämlich alsdann Statt, wenn der Erbe dem Legatar das Vermächtniß streitig macht. S. POTHIER Pand. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VI. Not. b. pag. 303.

sent dem andern noch Etwas zu leisten schuldig, so hat nicht das iudicium communi dividundo, sondern die actio pro Socio Statt. Paulus sagt *L.* 1. *D. h t.* Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod *pro Socio* actio magis *ad personales invicem praestationes* pertinet, quam ad *communium rerum divisionem.* Denique (diesem zu Folge) cessat communi dividundo iudicium, *si res communis non sit.* Und Pothier[6]) bemerkt bey dieser Stelle: Necessarium est iudicium *pro Socio*, si, post factam divisionem, sit aliquid, quod socius socio praestare debeat, cum post factam divisionem iam *res communis non sit*, proindeque *iudicium communi dividundo* cesset, necesse est hoc casu recurrere *ad iudicium pro Socio.* Ist die gemeinschaftliche Sache zufällig zu Grunde gegangen, und ein Theil dem andern noch Etwas aus der Gemeinschaft zu leisten schuldig ist, so hat das *iudicium communi dividundo utile* Statt, wie Cajus lehrt *L.* 11. *D. h. t.* In summa admonendi sumus, quod, si post interitum rei communis is, cui aliquid ex communione praestari oportet, eo nomine agere velit, *communi dividundo iudicium utile* datur: veluti si actor impensas aliquas in rem communem fecit, sive socius eius solus aliquid ex ea re lucratus est, veluti operas servi mercedesve, hoc iudicio eorum omnium ratio habetur.

§. 737.

Unter welchen Personen findet das iudicium communi dividundo Statt?

Das iudicium communi dividundo hat unter Theilhabern einer res singularis Statt, die Gemeinschaft mag durch

6) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VI. Not. i. Man sehe auch VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 36.

durch Vertrag, oder zufällig durch Vermächtniß, oder Schenkung u. d. entstanden seyn. Nihil interest, sagt Cajus[7], cum societate, an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est *communi dividundo iudicio*. Cum societate res communis est, veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt. Sine societate communis est, veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est. Es wird jedoch vorausgesetzt, daß den Theilhabern ein dingliches Recht an der gemeinschaftlichen Sache aus einem rechtmäßigen Titel zustehe[8], der Rechtstitel bey den einzelnen Theilhabern sey gleich, oder verschieden[9]; das dingliche Recht sey ein Miteigenthum, oder ein gemeinschaftliches Nutznießungsrecht[10], oder ein gemeinschaftliches Pfandrecht[11], sie mögen dieses Pfandrecht vom Schuldner selbst, oder durch eine von dem Richter verfügte missio in

7) *L. 2. pr. D. h. t.*

8) *L. 7. §. 3. D. h. t.* Ex quibusdam autem causis vindicatio cessat: *si tamen iusta causa est possidendi*, utile communi dividundo competit: utputa si *ex causa indebiti soluti* res possideatur. Unter solchen, deren Besitz ungerecht ist, findet das iudicium communi dividendo nicht Statt. *L. 7. §. 4. et 5. D. h. t.*

9) Z. E. der eine kann titulo institutionis, der andere titulo legati an der Sache Theil haben. *L. 8. §. 1. D. h. t.* S. VOET Comm. h. t. §. 1. Ferner so kann der eine Communionsinteressent Eigenthümer von einem Theile seyn, der andere aber iure pignoris den andern Theil besitzen. *L. 2. Cod. h. t.* S. POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. IX. pag. 303.

10) *L. 7. §. 7. D. eod.*

11) *L. 7. §. 6. D. eodem.*

in possessionem erhalten haben [12]). Nur ein Pfandgläubiger, dem der Schuldner seinen Antheil an einer ihm mit einem Dritten gemeinschaftlichen Sache verpfändet hat, kann gegen den Dritten die Theilungsklage nicht anstellen, wohl aber kann derselbe von dem Miteigenthümer seines Schuldners auf Theilung provocirt werden [13]). Kommt nun in diesem Falle die Sache zum öffentlichen Verkaufe, und sie wird, weil sie sich nicht wohl theilen ließ, dem Pfandgläubiger, als dem Meistbietenden, zugeschlagen; so muß sich der Schuldner dies gefallen lassen, und es wird ihm nicht gestattet, gegen Bezahlung der Schuld, seinen Antheil zurück zu fordern, wenn er nicht auch den andern Theil annehmen will, den der Gläubiger bey der Adjudication an sich gebracht hat. Ulpian sagt *L.* 7. §. 13. *D. h. t.* Si debitor communis praedii partem pignori dedit, et a domino alterius partis provocatus creditor eius, aut ab alio creditore alterius debitoris, licendo superavit, et debitor eius, cui res fuit adiudicata, velit partem suam praedii reciperare, soluto eo, quod ipse debuit, eleganter dicitur, non esse audiendum, nisi et eam partem paratus sit reciperare, quam creditor per adiudicationem emit. Man sollte denken, der Gläubiger hätte wohl sollen dem Schuldner von der geschehenen Provocation seines Miteigenthümers Nachricht geben, damit er als Theilhaber selbst hätte bieten können. Allein man nimmt hier an, der Schuldner habe

12) *L. 7. §. 8. D. h. t.* Item si duo a Praetore missi sunt in possessionem legatorum: est enim iusta causa possidendi, custodiae gratia. Ergo et si duo ventres, idem erit dicendum. Quod habet rationem.

13) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin.

habe durch die Verpfändung seines Antheils den Gläubiger auf den Fall zu seinem Bevollmächtigten bestellt, da die Provocation auf Theilung unterdessen geschehen würde[14]). Uebrigens kann man doch auch dem Gläubiger nicht zumuthen, daß er mit dem Schuldner des Pfandes wegen in eine ihm lästige Gemeinschaft trete. Es beruhet also diese Entscheidung auf hinreichenden Gründen, wie Ulrich Huber[15]) mit mehrerem gezeigt hat.

Auch Theilhaber einer gemeinschaftlichen Prädialservitut können nicht auf Theilung des dinglichen Rechts selbst, wohl aber auf getheilte Ausübung desselben mit dem iudicio communi dividundo utili klagen, z. B. daß jeder sie zu einer gewissen Zeit und in einem gewissen Maaße ausüben darf[16]).

Uebrigens findet die Theilungsklage Statt, die Interessenten mögen sich im Besitz der gemeinschaftlichen Sache befinden, oder nicht[17]). Hingegen stehet denjenigen, die eine Sache gemeinschaftlich gepachtet haben, diese Klage so wenig, als denjenigen zu, denen zugleich eine Sache in Verwahrung gegeben worden ist[18]). Non enim sibi, sagt Pothier[19]) sed domino, a quo conduxerunt, aut depositum susceperunt, possident. Es wird also zur Begründung des iudicii communi dividundo schlechterdings

14) *L. 29. sub fin. D. Familiae ereisc.*

15) Eunomia Rom. Lib. X. ad h. L. pag. 437. sq.

16) *L. 19. §. 4. D. h. t.* VOET h. t. §. 2.

17) *L. 30. D. h. t.*

18) *L. 7. §. 11. D. h. t.*

19) Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. VIII. not. h.

dings erfordert, daß dem Kläger entweder ein Miteigenthum an der gemeinschaftlichen Sache, gleichviel, von welcher Art es sey, ein wahres, oder nur ein putatives, wie dem bonae fidei possessor zugeschrieben wird [20]), ein vollkommenes, oder nur ein unvollkommenes, wie der Superficiar [21]) oder Emphyteuta [22]) hat, oder sonst ein dingliches Recht zustehe. Gründet sich die Klage auf das Miteigenthum, so wird sie *iudicium communi dividundo directum*, gründet sie sich hingegen auf ein anderes dingliches Recht, so wird sie *iudicium communi dividundo utile* genennt.

§. 738.

Grundsätze von Theilung gemeinschaftlicher Sachen.

Wenn auf Theilung singulärer gemeinschaftlicher Sachen geklagt wird, so können hier mancherley Streitigkeiten entstehen.

I. Ueber die Theilungsverbindlichkeit. Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken.

1) Einige Theilhaber verlangen die Theilung, andere nicht, sondern wollen in Gemeinschaft bleiben. Können letztere durch ihren Widerspruch die Theilung hindern? Nein, sie müssen sich auf die Theilung einlassen, und jene wegen ihrer Antheile abfinden; übrigens kann die Gemeinschaft unter den letztern bestehen [23]).

2) Die

20) *L. 7. §. 2. D. h. t.* Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo iudicium possunt exercere.

21) *L. 1. §. 8. D. de Superficieb.*

22) *L. 7. pr. et §. 1. D. h. t.*

23) *L. 8. pr. D. h. t.*

2) Die Theilhaber haben den Vertrag geschlossen, daß die Gemeinschaft nicht aufgehoben werden, und daher die gemeinschaftliche Sache ungetheilt bleiben solle. Es wird darüber gestritten, in wiefern dieser Vertrag die Theilhaber verpflichte? Die Grundsätze, nach welchen der Richter diesen Streit unter den Interessenten zu entscheiden hat, gehen dahin.

1) Der Vertrag, daß die gemeinschaftliche Sache nie getheilt werden, sondern die Gemeinschaft ewig dauern, und also auch noch, nach dem Tode der Communionsinteressenten, unter ihren Erben fortgesetzt werden solle, hat nie die Kraft, daß dadurch die Theilungsklage ganz ausgeschlossen werden könne, wenn auch der Vertrag mit einem Eide wäre bekräftiget worden *). Denn Paulus sagt *L.* 70. *D. Pro Socio.* Nulla societatis in aeternum coitio est. Ist hingegen

2) die Dauer bestimmt, es sey nun solche entweder auf die ganze Lebenszeit der Interessenten erstreckt, oder auf eine kürzere bestimmte Zeit beschränkt worden, binnen welcher die gemeinschaftliche Sache nicht getheilt werden solle, so ist der Vertrag in so weit verbindlich, daß kein Theil ohne eine sehr wichtige Ursache davon abgehen darf[24]. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 1. *pr. D. pro Socio.* Societas coiri potest vel *in perpetuum*, id est, dum vivunt, vel *ad tempus.*

L. 14. *D. eodem.* Si convenerit inter socios, *ne intra certum tempus communis res dividatur*, non videtur con-

*) S. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 3069.

24) Man sehe hier vorzüglich *Christ. Lud.* CRELLII Observationes de communione necessaria et indissolubili. *Vitembergae* 1751. §. 7.

conveniſſe, ne ſocietate abeatur. Quid tamen, ſi hoc convenit, *ne abeatur*: an valeat? Eleganter POMPONIUS ſcripſit, *fruſtra hoc convenire*. Nam etſi non conveniet, ſi tamen intempeſtive renuncietur ſocietati, eſſe *pro ſocio actionem*. Sed etſi convenit, *ne intra certum tempus ſocietate abeatur*, et ante tempus renuncietur, poteſt rationem habere renunciatio: nec tenebitur pro Socio, qui ideo renunciavit, *quia conditio quaedam, qua ſocietas erat coita, ei non praeſtatur*; aut *quid ſi ita iniurioſus*[25]) et *damnoſus ſocius* ſit, *ut non expediat eum pati*?

L. 15. *D. eodem.* Vel quod ea re frui non liceat, cuius gratia negotiatio ſuſcepta ſit?

L. 16. §. 1. *D. eodem.* Qui igitur paciſcitur, *ne dividat*, niſi *aliqua iuſta ratio* intercedat, nec vendere poterit, *nec alia ratione efficiet, ut dividatur*. Et ſane poteſt dici, venditionem quidem non impediri, ſed exceptionem adverſus emtorem locum habere, ſi ante dividat, quam divideret is, qui vendit.

L. 17. *pr. D. eodem.* Sed et ſocius, qui alienaverit, contra pactionem committit, et tenetur *ſocietatis*, aut *communi dividundo iudicio*.

L. 14. §. 2. et 3. *D. Commun. divid.* Si conveniat, *ne omnino diviſio fiat*, huiusmodi pactum nullas vires habere, manifeſtiſſimum eſt. Sin autem *intra certum tempus*, quod etiam ipſius rei qualitati prodeſt, valet. —

25) i. e. facilis ad contumeliam faciendam, conviciumque dicendum, ein zänkiſcher Menſch. S. BRISSONIUS de V. Signif. v. *Iniurioſus*.

let. — Si inter socios convenisset, ne intra certum tempus societas divideretur, quin vendere liceat ei, qui tali conventione tenetur, non est dubium. Quare emtor quoque communi dividundo agendo, eadem exceptione summovebitur, qua auctor eius summoveretur.

II. Kann der Streit den Theilungsmaasstab und die Art der Vertheilung unter die Interessenten betreffen. Hier treten folgende Grundsätze als Entscheidungsnormen ein.

1) Die Vertheilung geschieht nach dem Verhältniß des Antheils, den jeder Communionsinteressent an der gemeinschaftlichen Sache hat. Zunächst aber wird immer Gleichheit der Antheile vermuthet[26].

2) Wenn die gemeinschaftliche Sache eine körperliche ist, so ist sie entweder

a) theilbar. Dann wird jedem sein Antheil an der Sache zugesprochen. *L. 1. C. h. t.* Quodsi divisio praedii sine cuiusquam iniuria commode fieri poterit, *portionem suis finibus tibi adiudicatam possidebis.*

b) Die gemeinschaftliche körperliche Sache ist physisch oder rechtlich untheilbar. Hier kann der Richter die Sache demjenigen Theilhaber ganz zusprechen, welcher

26) *L. 13. D. de iudic. L. 29. pr. D. Pro Socio. L. 63. §. 5. D. eodem.* S. *Chr. Lud.* CRELL Diss. de praesumtione aequalitatis in iudiciis divisoriis *Vitemb. 1735.* und THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 574.

cher das Mehreste bietet, oder bey gleichem Gebote demjenigen, welcher den größten Theil an der Sache hat [27]), und diesem kann er auferlegen, den andern wegen seines Antheils mit Gelde abzufinden [28]). Will keiner bieten, oder einer kann den andern nicht überbieten, so muß die Sache öffentlich zum Verkauf ausgeboten, und dem Meistbietenden überlassen werden [29]); oder wenn die Interessenten dies nicht wollen, so kann der Richter durch Theilung der Rechte an der Sache eine Auskunft treffen [30]). Sind mehrere einzelne Sachen zu vertheilen, so müssen sie taxirt, und verlooset werden, was einer über seinen Antheil erhalten hat, zahlt er dem andern heraus [31]). Ueberhaupt aber muß immer der Richter bey dem Theilungsgeschäfte dasjenige zur Norm befolgen, was für alle das Beste ist, oder von den Theilhabern selbst beliebt wird [32]).

3) Ist

27) *L. 34. §. 2. C. de donat.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 15.

28) *L. 1. Cod. h. t.* Et ea actione aut universum praedium, si licitatione viceris, exsoluta socio parte pretii, obtinebis; aut pretii portionem, si meliorem alius conditionem obtulerit, consequeris.

29) *L. 3. C. h. t.* Ad licitationem nonnunquam etiam extraneo emtore admisso; maxime si se non sufficere ad iusta pretia, alter ex sociis, sua pecunia vincere vilius licitantem, profiteatur.

30) *L. 6. §. 10. D. h. t.* Officio iudicis etiam talis adiudicatio fieri potest, *ut alteri fundum, alteri usumfructum adiudicet.* S. den 9. Th. des Commentars §. 628.

31) *L. 3. pr. C. h. t.* LAUTERBACH Colleg. Pandect. th. pr. h. t. §. 15.

32) *L. 21. D. h. t.* Iudicem in praediis dividundis, *quod omnibus utilissimum est*, vel *quod malint litigatores*, sequi convenit.

3) Ist die gemeinschaftliche Sache unkörperlich, so sind hier verschiedene Fälle denkbar.

a) Es kann mehreren an der nämlichen Sache ein gemeinschaftliches Nutznießungsrecht zustehen. Hier kann die Theilung nach Vorschrift der *L. 7. §. 10. D. h. t.* [33]) auf dreyerley Art geschehen.

α) Wenn jedem Theilhaber ein verhältnißmäßiger Theil des Grundstücks zur Benutzung angewiesen; oder

β) das nutznießliche Grundstück einem Dritten in Pacht gegeben, und der Pachtzins unter die Interessenten vertheilt wird; oder man läßt

γ) die Nutznießer ein Jahr um das andere abwechseln.

b) Es kann mehreren ein gemeinschaftlicher *usus* an einer Sache zustehen. Ein solches Recht ist eigentlich an sich untheilbar, und kann auch weder verkauft noch verpachtet werden. Die Auseinandersetzung kann daher in diesem Falle füglich anders nicht geschehen, als in der Art, daß der Richter den Werth schätzt; sodann dem einen der ganze usus, dem andern aber eine verhältnißmäßige Abfindung in Gelde zugesprochen wird. Paulus hat sich

 hier-

33) *L. 7. §. 10. h. t.* sagt. Quum de usufructu communi dividundo iudicium agitur, iudex officium suum ita diriget, ut vel regionibus eis uti frui permittat; vel locet usumfructum uni ex illis, vel tertiae personae, ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant; vel si res mobiles sint, etiam sic poterit, ut inter eos conveniat, caveantque, per tempora se usuros et fruituros: hoc est, ut apud singulos mutua vice certo tempore sit ususfructus.

hierüber *L.* 10. §. 1. *D. h. t.* auf folgende Art erklärt: Si *usus* tantum noster sit, qui neque venire neque locari potest; quemadmodum divisio potest fieri in communi dividundo iudicio videamus? Sed Praetor interveniet, et rem emendabit, ut, si iudex alteri usum adiudicaverit, non videatur alter, qui mercedem accepit, non uti: quasi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit [34]).

c) Es kann auch mehreren ein gemeinschaftliches **Pfandrecht** zustehen. Hier muß die Theilung des Pfandes nach dem Verhältniß des Schuldbetrags geschehen. Kann das Pfandstück auf diese Art nicht getheilt werden, so muß die Auseinandersetzung auf die Art geschehen, daß ein Gläubiger den andern wegen seiner Forderung befriediget, und das gemeinschaftliche Pfand hierdurch allein an sich bringt, wobey jedoch dem Schuldner das Recht, sein Pfand wieder einzulösen, unbenommen bleibt. **Ulpian** sagt *L.* 7. §. 12. *D. h. t.* Inter eos, qui pignori acceperunt, talis divisio fieri debet, ut non vero pretio aestimetur pars, sed in tantum duntaxat, quantum pro

34) POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XLVI. not. c. pag. 310. erläutert diese Stelle folgendermassen: *Finge duobus coniunctim legatum esse eundem usum: quomodo dividetur inter eos legatum? Nam usus est individuus; an usum arbiter uni totum adiudicabit, et alteri eum in partem pretii condemnabit? Sed nec hoc fieri posse alicui videbitur; usus enim nec vendi nec locari potest: usuarius enim vendendo aut locando suum usum, magis frui, quam uti videretur. Receptum est tamen propter necessitatem, ut in iudicio communi dividundo hoc fieri possit: nec videbitur is, qui mercedem accipit, magis frui, quam uti, quia magis necessitatis, quam fruitionis causa eam mercedem accipit.*

pro ea parte debetur; et, si adsignetur quidem pignus uni ex creditoribus, licentia tamen non denegetur debitori, debitum offerre, et pignus suum luere. Idemque dicitur, et si possessor pignoris litis aestimationem pigneratitia [35]) in rem agenti offerat [36]).

Uebrigens wird auch hier vorausgesetzt, daß die gemeinschaftliche Sache einer Theilung bedürfe. Die actio communi dividundo geht daher nicht auf nomina communia, d. i. auf gemeinschaftliche Kapitalforderungen. *Nomina enim sunt ipso iure divisa.* Steht also das gemeinschaftliche Kapital noch bey dem Schuldner, so kann jeder gegen den Schuldner auf seinen Antheil klagen. Hat hingegen einer von den Interessenten das Kapital von dem Schuldner erhoben, so kann nach dem hier eintretenden verschiedenen Verhältniß gegen den Empfänger entweder actione mandati, oder negotiorum gestorum oder auch pro socio geklagt werden. Indessen bleibt es den übrigen auch frey, gegen den Schuldner selbst auf ihren Antheil zu klagen, wenn er ohne gehörige Legitimation einem der Interessenten das Ganze ausbezahlt hat.

§. 739.

Verhältniß der Theilhaber zu einander in Absicht auf die Dispositionsbefugniß über die gemeinschaftliche Sache.

So lange die Gemeinschaft noch wirklich besteht, kann keiner der Theilhaber für sich eine Verfügung über die gemein-

35) i. e. hypothecaria.

36) Scilicet non aestimabitur res vero pretio; sed duntaxat ad quantitatem debiti, pro quo pignerata est creditori, qui hypothecaria agit, wie POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. XLVII. not. e. hier bemerkt hat.

meinschaftliche Sache, gegen den Willen der übrigen Theilhaber, selbstständig vornehmen. Denn er würde hierdurch in die Rechte der übrigen willkührlich eingreifen. Wenn daher ein Socius mit der gemeinschaftlichen Sache eine Neuerung vornehmen, oder sonst etwas verfügen wollte, was die Rechte des andern Theilhabers kränkte, oder gar auflösete; so hat dieser ein gegründetes Recht zu widersprechen, und den Hindernissen zu begegnen, welche den Umfang seiner Gerechtsame schmälern dürften [37]). Ja wenn auch mehrere der Interessenten eine solche Veränderung vorzunehmen beschlossen hätten, und auch nur einer der Theilhaber widerspricht, so ist dieser Widerspruch entscheidend, und die Veränderung muß unterlassen werden. Dies ist der Sinn der *L.* 28. *D. h. t.* wo es heißt: In re communi neminem dominorum iure facere quicquam, invito altero, posse. Unde manifestum est, prohibendi ius esse. In re enim pari potiorem causam esse prohibentis, constat [38]). Die Mehrheit der Stimmen kann demnach nicht entscheiden, wenn es auf das Interesse eines jeden Einzelnen ankommt [39]). Daher wird die Einwilligung aller Theilhaber erfordert, wenn z. B. von der Veräußerung, oder Verpfändung, oder Verpachtung, oder Beschwerung der gemeinschaftlichen Sache mit Dienstbarkeiten die Rede ist. Zwar ist es jedem Einzelnen erlaubt, seinen Antheil, auch ohne Einwilligung der übrigen, an einen

37) *§. 9. I. de rer. divis. L. 12. L. 28. D. h. t.*

38) Add. *Cap. 56. de Reg. iuris in VIto.* Man sehe auch KRUELLS Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts. 2. Bändchen Nr. I. §. 26. und 27.

39) PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 125.

einen Fremden zu veräußern. Allein hat er das Ganze eigenmächtig verkauft, so präjudicirt dies den übrigen nicht, welche in die Veräußerung nicht eingewilliget haben, und das Eigenthum ihres Antheils geht nicht auf den Käufer über. Sie können daher entweder den Käufer zu ihrem Antheil mit der Reivindication in Anspruch nehmen, oder sich an den Verkäufer halten. Folgende Stellen des Römischen Rechts setzen dieses außer Zweifel.

L. 1. *C. de commun. rer. alienat.* Si nulla usucapionis praerogativa, vel diuturni silentii praescriptio emtorem possessionis, quam a coheredibus patrui tui distractam suggeris, pro portione tua munit: in rem actio incolumis perseverat. At si receptum ius (d. h. die Verjährung) securitatem emtori praestiterit, arbitrium est tibi liberum conveniendi eos, qui pro portione tua satis illicitam venditionem celebraverunt.

L. 3. *C. eodem.* Falso tibi persuasum est, communis praedii portionem pro indiviso, antequam communi dividundo iudicium dictetur, tantum socio, non etiam extraneo posse distrahi.

L. 4. *C. eodem.* Portionem quidem tuam militantis frater tuus alienare non potuit: eius autem partem, pretio soluto, tibi restitui postulare, nec militari gravitati convenit.

L. un. C. Si communis res pignori data sit. Frater vester, sicut vobis invitis portionem vobis competentem obligare non potuit, ita suam dando, obligationem creditori quaesivit. Unde intelligitis, contractum eius nullum praeiudicium domino vestro facere potuisse.

L. 68.

L. 68. pr. D. Pro socio. Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare; etsi totorum bonorum socii sint.

Ausnahmen finden jedoch Statt,

1) wenn der Fiskus Miteigenthümer ist. Dieser hat das Vorrecht, daß er die ganze Sache verkaufen kann, und der andere Theilhaber kann in diesem Falle nichts weiter fordern, als daß ihm sein Antheil in Gelde vergütet werde.

L. 2. C. de commun. rer. alienat. Multum interest, utrum coheredes tui possessionem communem distraxerunt, an vero fiscus, cum partis dominus esset, soliditatem iuxta proprium privilegium vendidit. Etenim si a fisco facta sit venditio, fidem eius infringi minime rationis est. Si vero coheredes soliditatem vendiderunt: licet emtor ab his delegatus partem pretii fisco solverit, alteramque in cautionem deduxerit, tamen portioni tuae ea venditio non potest obsistere.

Das Vorrecht des Fiscus, worauf sich diese Stelle bezieht, steht *L. un. Cod. de vendit. rer. fiscal. cum privatis commun.* Forma est (es ist Grundsatz), quoties ad fiscum vel minima portio rei pertinet, ut universa a procuratoribus meis distrahatur: sed pretium partis tantum in fiscum redigatur, reliquum dominis partium restituatur. Emtorem igitur praediorum, de quibus libellum dedisti, apud suum iudicem conveni, usurum defensionibus, si quae sibi competunt [40].

2) Wenn

40) S. Westphals System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum rc. §. 340.

2) Wenn der Gegenstand der Gemeinschaft eine causa promercalis, d. h. eine solche Sache ist, die deswegen angeschafft worden, um damit Handel zu treiben. Diese kann einer von den Communionsinteressenten allein verkaufen, weil dieses dem Zweck der errichteten Gemeinschaft gemäß ist[41]).

Hat ein Theilhaber gegen den Willen der übrigen eine Aenderung gemacht, oder machen lassen, so kann er deshalb nicht nur keinen Kostenersatz von den übrigen fordern, sondern er kann auch zur Wiederherstellung des vorigen Zustandes angehalten werden[42]). Hat hingegen ein Fremder eine Veränderung gemacht, und ein Theilhaber, der solches allein verhindern konnte, hat solches geschehen lassen, so kann dieser zwar zur Wiederherstellung nicht gezwungen, aber mit dem iudicio communi dividundo auf Ersatz des Schadens belangt werden. Papinian sagt *L.* 28. *D. h. t.* Sed etsi in communi prohiberi socius a socio, *ne quid faciat*, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid, absente socio, ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.

Ueberall wird jedoch, wenn ein Socius widerspricht, vorausgesetzt, daß sein Widerspruch gegründet seyn müsse. Wenn daher der Widerspruch eines Theilhabers gegen eine

von

41) VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 7.

42) S. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 3068. lit. D.

von den übrigen beschlossene Veränderung in einem solchen Falle geschähe, wo die Veränderung dem Widersprechenden durchaus unschädlich, oder der gemeinschaftlichen Bestimmung der Sache angemessen ist, z. B. das gemeinschaftliche Haus bedarf einer nöthigen Reparatur; so verdient ein solcher Widerspruch gar keine Rücksicht, und kann daher auch von gar keiner Wirkung seyn [43]). Der dissentirende Theilhaber muß also, seines Widerspruchs ungeachtet, nicht nur seinen Kostenbeytrag liefern, sondern er kann sogar, wenn er solchen binnen vier Monaten nicht bezahlt, seines Antheils an der gemeinschaftlichen Sache verlustig erklärt werden [44]).

§. 740.

Personalpräſtationen beym iudicio communi dividundo.

Die actio communi dividundo geht auch auf mancherley persönliche Präſtationen. Sicut autem ipsius rei divisio venit in *communi dividundo iudicio*, sagt Ulpian *L.* 4. §. 3. *D. h. t.* ita etiam *praestationes* veniunt. Diese sind nun

I. Berechnung und Herausgabe der von einem Theilhaber gezogenen Nutzungen. Sie müssen nur erhoben worden seyn, nachdem die Sache schon gemeinschaftlich war. Plane fructus ante percepti, *quam res communis esset,* in

43) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXVIII. medit. 6. und *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 7.

44) *L.* 52. *§.* 10. *D. Pro Socio. L.* 4. *Cod. de aedificiis privat.* Man sehe auch WESTPHAL Interpretat. iuris de libertate et servitutib. praedior. §. 16.

in communi dividundo iudicium non veniunt, sagt Ulpian *L. cit.* 4. §. 3. *h. t.* Der Beklagte kann jedoch die dabey gehabten Schäden und Kosten in Abzug bringen. Nur muß er auf gemeinschaftliche Berechnung die Nutzungen erhoben haben. Denn hat er es um seines eigenen Vortheils willen gethan, so muß er den Schaden allein tragen, und den Gewinn mittheilen. *L.* 6. §. 2. *D. h. t.* sagt:

Sive autem locando fundum communem, sive colendo, de fundo communi quid socius consecutus sit; *communi dividundo iudicio* tenebitur: et, siquidem *communi nomine* id fecit, neque lucrum neque damnum sentire eum oportet (sc. *solum*, *nam commune esse debet*); si vero non communi nomine, *sed ut lucretur solus*, magis esse oportet, ut et damnum ad ipsum respiciat [45]).

II. Ersatz des durch Dolus oder Culpa des einen Theilhabers verursachten Schadens. Es gilt hier in Absicht auf die culpae praestatio der nämliche Unterschied, den wir in Ansehung der Miterben bey dem iudicio familiae erciscundae bemerkt haben. Nämlich der Socius richtet entweder

1) durch positive Thätigkeit Schaden an, und dann haftet er mit der Klage aus dem Aquilischen Gesetz für jede Culpa.

L. 47. §. 1. *D. Pro socio.* Si damnum in re communi socius dedit, *Aquilia teneri eum*, et CELSUS et JULIANUS et POMPONIUS scribunt.

L. 8.

45) §. 4. *I. de Societate.* *L.* 5. *C. de aedific. privat.*

L. 8. §. 2. D. Commun. divid. Venit in communi dividundo iudicium etiam, si quis rem communem deteriorem fecerit; forte servum vulnerando, aut animum eius corrumpendo, aut arbores ex fundo excidendo. Oder.

2) er schadet durch Unthätigkeit und Unterlassung. Hier haftet er nur für eine solche Nachläßigkeit, dergleichen er in seinen eigenen Geschäften nicht zu begehen pflegt. Seine diligentia in concreto ist also hier der Maasstab für die Verantwortlichkeit seiner Culpa.

L. 72. D. pro Socio. Socius socio etiam *culpae nomine* tenetur, id est desidiae atque negligentiae: culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; *sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adbibere, qualem suis rebus adbibere solet*; quia, qui parum diligentem sibi socium adscivit, de se queri debet.

§. ult. I. de Societate. Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est; an etiam culpae, id est desidiae atque negligentiae nomine? quaesitum est: praevaluit tamen sententia, etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est, *sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adbibere socium, qualem suis rebus adbibere solet*; nam qui parum diligentem socium sibi assumit, de se queri, sibique hoc imputare debet.

Diese Thätigkeit, mit welcher ein Gesellschafter bisher seine eigenen Geschäfte betrieb, hat der Richter nach äusserlichen Merkmalen zu untersuchen. Die Verbindlich-

keit

keit zu dieser Thätigkeit in gemeinschaftlichen Angelegenheiten geht aber nie weiter, als auf das mittlere Versehen, welches ein guter Hausvater nicht zu begehen pflegt. Für eine solche culpa levis muß aber auch jeder seinem Gesellschafter haften, welcher noch bisher nie seine eigenen Geschäfte, oder wenigstens solche bisher noch nicht allein, d. h. ohne Vormund betrieb, z. B. er trat mit einem Andern in Gesellschaftsverhältnisse, sobald er von der väterlichen Gewalt oder von der Vormundschaft befreyet war. Da hier der Maasstab der diligentiae, quam socius suis rebus adhibere solet, ganz wegfällt; so erwartet der andere Contrahent mit Recht von seinem Gesellschafter die Achtsamkeit eines guten Hausvaters, da ihm hier keine Unvorsichtigkeit in der Wahl zur Last fallen kann [46]). Hierauf sind folgende Stellen Ulpians zu beziehen.

L. 23. D. de Regul. iuris, wo gesagt wird: *Societas*, et *rerum communio* et dolum et *culpam* recipit.

L. 5. §. 2. D. Commodati. Ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto etc. ut *in societate*, et dolus et *culpa* praestatur.

Ist der Schade dadurch verursacht worden, daß der Communionsinteressent obrigkeitlichen Befehlen keine Folge leistete, so ist er dafür allemal verantwortlich, gesetzt auch, daß der Richter in seiner Strenge wirklich zu weit gegangen wäre. Hierher gehört, wenn Pomponius *L. 20. D. h. t.* sagt:

Si is, cum quo fundum communem habes, *ad delictum* non respondit, et ob id *motu iudicis* villa diruta

46) S. SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts 1. Bd. S. 309. ff.

ta est, aut arbusta succisa sunt, praestabitur tibi detrimentum iudicio communi dividundo. *Quidquid enim culpa socii amissum est, eo iudicio continetur.*

Daß hier von einem begangenen Ungehorsam die Rede sey, bestätigen die **Basiliken**[47]), wo diese Stelle folgendermaßen lautet:

Ἐὰν τοῦ ἑνὸς τῶν κοινωνῶν μὴ ὑπακούοντος, ὁ δικαστὴς καταλύσῃ τὸ ἐποίκιον, ἢ τὰ δένδρα κόψῃ, χώρα κατ' αὐτοῦ τῷ διαιροῦντι τὰ ἐπίκοινα δικαστηρίῳ· κινεῖται γὰρ ἐπὶ παντὶ ἀπολλυμένῳ ῥᾳθυμίᾳ τοῦ κοινωνοῦ. i. e. Si, *uno ex sociis non obtemperante, iudex villam diruerit, vel arbores succiderit, cum eo iudicio communi dividundo agitur: quidquid enim culpa socii amissum est, in hoc iudicium venit.*

Allein worin dieser Ungehorsam bestanden, dessen sich der Theilhaber an einem gemeinschaftlichen Grundstück schuldig gemacht hatte, ist wegen der streitigen Leseart schwer zu bestimmen. Die **Florentine** lieset zwar *ad delictum*, und eben so **Haloander**. So lesen auch mehrere Handschriften, wie in der Gebauerschen Ausgabe des Corporis iuris Rom. angemerkt wird; und diese Leseart vertheidigen besonders **Stephan Wilhelm Blancard**[48]) und **Püttmann**[49]). Allein **Baudoza** und unser Erlanger Pandecten-Codex lesen *ad edictum*. Dieser Leseart will vor-

47) Tom. V. Lib. XII. Tit. 2. Const. 20. pag. 51.

48) Disput. de villa motu iudicis diruta, ad L. 20. D. Comm. divid. *Trajecti ad Rhen. 1737.* (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. Belgicar.* Vol. II. Tom. II. Nr. VII. p. 281. sqq.)

49) Adversarior. iuris univ. Lib. I. cap. 4.

vorzüglich Voet[50]) darum den Vorzug einräumen, weil sie mit den Worten *motu iudicis* am besten zusammenstimmen soll. Denn diese Worte sollen so viel heißen, als impetu non rationali. Dergleichen Affect gezieme nun zwar eigentlich dem Richter nicht, wie Callistratus *L.* 19. §. 1. *D. de officio Praesid.* erinnert; das Verfahren sey folglich in dem gegebenen Falle gar nicht zu rechtfertigen gewesen. Weil indessen solches durch den Ungehorsam des Socius war veranlaßt worden, so sey auch nun dieser dem andern Mittheilhaber für die daraus entstandene Folge verantwortlich. Cujaz[51]) hingegen will lieber *ad delectum* lesen. Diese Leseart halten auch Duaren[52]), Taurelli[53]), Pothier[54]) und Brenkmann[55]) für die allein richtige, und sie hat wirklich nicht unbedeutende Gründe für sich. Denn *L.* 4. §. 10. *D. re militari* sagt: Gravius autem delictum est, detrectare munus militiae, quam adpetere: nam et *qui ad delectum olim non respondebant*, ut proditores libertatis, in servitutem redigebantur: sed mutato statu militiae recessum a capitis poena est[56]). Vorzüglich aber wird sie durch eine Stelle aus Dionyß von Halicarnaß[57]) unterstützt, welcher von der außerordentlichen

50) Commentar. ad Pand. h. t. §. 4.

51) Observation. Lib. XIII. cap. 29.

52) Disputation. anniversar. Lib. I. cap. 4.

53) Adnotat. in edit. Pand. florent. ad h. L.

54) Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. LXXXIX. not. l.

55) Not. ad h. L. in edit. *Gebauer.*

56) Mehrere ähnliche Stellen aus Quinctilian, Livius, Varro und Valerius führt DUARENUS cit. loc. an.

57) *Antiquitat. Rom.* Lib. VIII. ad A. U. C. 271. pag. 554. edit. *Sylburg.*

lichen Strenge gegen diejenigen, die der Conscription keine Folge leisteten, Folgendes aufgezeichnet hat, was ganz auf unser Gesetz paßt. Οἱ γὰρ ὕπατοι προελθόντες ἔξω τῆς πόλεως ἐν τῷ παρακειμένῳ πεδίῳ, τοὺς στρατηγικοὺς δίφρους ἔθηκαν ἐνταῦθα, καὶ τὸν στρατιωτικὸν ἐποίουν κατάλογον, καὶ τοὺς οὐκ ὑπακούοντας τοῖς νόμοις, ἐπειδὴ αὐτοὺς ἄγειν οὐκ οἷοί τε ἦσαν, εἰς χρήματα ἐζημίουν ὅσοις μὲν χωρία ὑπῆρχον, ἐκόπτοντες ταῦτα, καὶ τὰς αὐλὰς καθαιροῦντες. d. h. nach der Sylburgischen Version: *Nam consules, ex urbe in adjacentem campum egressi, positis ibi sellis imperatoriis, delectum habuerunt; et, qui legibus non obedirent, eos, quoniam ipsos ducere nequibant, mulctarunt pecuniis; et si qui agros haberent, caesis arboribus, villisque dirutis.* Es erhellet hieraus, daß die Redensart *ad delectum non respondere*, von denjenigen gebraucht wurde, qui, vocati a consulibus, ut nomen militiae darent, praesto non erant ad consulum imperium, wie sie **Pothier**[58]) erklärt. Allein dies alles scheint mir dennoch nicht hinreichend zu seyn, um von der Florentinischen Leseart abzugehen. Denn es ist nicht wahrscheinlich, daß **Pomponius** hier an die ehemalige Strenge der Conscription gedacht haben sollte, da **Arrius Menander** *L.* 4. §. 10. *D. de re milit.* ausdrücklich sagt, es sey nur ehemals so gewesen, ehe man unter den Kaisern Truppen in Sold nahm, wie auch **Elbert Leoninus**[59]) ganz richtig erinnert hat. Es passen auch die Worte *motu iudicis* auf diesen Fall nicht recht, so gewiß es auch übrigens ist, daß unter *iudex* kein iudex pedaneus, sondern ein Magistrat zu verstehen sey. Denn daß inson-

58) a. a. O. not. l. pag. 319.

59) Emendation. Lib. I. cap. ult.

insonderheit der Praeses provinciae, dem das merum imperium über Verbrecher zustand, *iudex* genennt werde, erhellet aus mehreren Stellen der Pandecten[60]). Es ist also hier zu Folge der florentinischen Leseart von einem solchen Falle die Rede, wo der Besitzer eines gemeinschaftlichen Grundstücks wegen eines angeschuldigten Verbrechens von dem Magistrat, der die Criminalgewalt hatte, war gefordert worden, um auf die wider ihn angestellte Anklage zu antworten. Dies heißt hier *respondere ad delictum*, wie **Blancard**[61]) gezeigt hat, und es ist gar nicht abzusehen, wie **Robert**[62]) diese Redensart eine scriptura absona nennen kann. Der Vorgeladene gehorchte nun dieser Ladung nicht, sondern ergriff die Flucht. Dies scheint der eigentliche Fall des Gesetzes zu seyn, wie auch der griechische Scholiast in den Basiliken[63]) meint, durch dessen Bemerkung die florentinische Leseart noch mehr bestärkt wird. Dieser sagt nämlich: Τυχὸν ἐπὶ ἁμαρτήματος ἐνήγετο, δὲ κληθεὶς οὐκ ὑπήκουε· κατέλυσε δὲ ὁ δικαστὴς τὸ κοινὸν ἐπαύλιον. i. e. *Forte enim reus alicuius criminis agebatur, et vocatus non paruit: iudex autem communem villam diruit.* Wenn nun gleich gegen Angeklagte, welche flüchtig geworden, eigentlich nur eine Versiegelung und Aufzeichnung des hinterlassenen Vermögens Statt hatte;

60) *L. 19. D. de offic. Praes. §. 9. I. de public. iud.* Vid. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 2. pag. 12. edit. *Heineccian.*

61) Disputat. cit. Cap. II. §. 3 — 5.

62) Sententiar. iuris Lib. III. cap. 4.

63) Βασιλικῶν Lib. XII. Tit. 2. ad Const. 20. Tom. II. pag. 61.

te[64]); so überreilte dennoch in dem gesetzlichen Falle der Affect des Zorns den Präses dergestalt, daß er gegen den Entwichenen, wie gegen einen überwiesenen Verbrecher, verfuhr, und sogar die gemeinschaftliche Villa zerstören ließ[65]). Der Ausdruck *motus iudicis* wird zwar auch in einer guten Bedeutung gebraucht[66]); allein hier soll er wohl nichts anders als den aufwallenden Affect des Zorns und Unwillens bezeichnen, welcher den Richter überraschte, und ihn verleitete, einen Schritt zu thun, der auf keine Weise gerechtfertiget werden konnte. In dieser Bedeutung kommt der Ausdruck *motus iudicis* öfters vor[67]), und man muß sich billig wundern, wie Rävard[68]) auf die Grille verfallen konnte, statt motu iudicis, *Magistratus imperio* zu lesen. Cornel van Bynkershök[69]) hat ihn deshalb kurz, aber sehr treffend abgefertiget, wenn er sagt: omnino aut errat, aut ludit *Raevardus*. Richtiger erklärt Voet[70]) den *motus iudicis* durch impetus non ratio-

64) *L. 2. L. 4. et 5. D. de requirend. vel absent. reis. L. 1. C. eodem.* BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *obsignare*.

65) Ein ähnliches Beyspiel einer solchen tumultuosen Strafe gegen Ungehorsame hat Cicero *Philipp. I. c. 5.* Man sehe auch *Ev.* OTTO de Aedilib. coloniar. et municipior. Cap. XIII. §. 5. pag. 469.

66) *L. 21. §. 3. D. de testib. L. 10. C. de accusat. L. 2. Cod. ad SCtum Turpill. L. ult. Cod. Theod. ad L. Corn. de fals.*

67) *L. 19. §. 1. D. de offic. Praes. L. 12. C. de offic. Rect. prov. L. 2. C. ad SCt. Turpill.*

68) Varior. Lib. I. cap. 7.

69) Observation. iuris Rom. Lib. V. cap. 14. Man sehe auch *Rad.* FORNERIUS Lib. III. Rerum quotidianar. cap. 3.

70) Commentar. ad Pand. h. t. §. 4.

rationalis. Dem sey indessen, wie ihm wolle; der Theilhaber, der durch seinen Ungehorsam den Schaden veranlaßt hat, bleibt auf jeden Fall dem andern zur Entschädigung verpflichtet.

Noch ist zu bemerken, daß auch der Erbe für den Schaden seines Erblassers haftet, und mit der actio communi dividundo sogar in einem solchen Falle belangt werden kann, wo gegen den Erblasser die Klage des Aquilischen Gesetzes Statt gefunden hätte, wenn gleich diese Klage, als Pönalklage, gegen den Erben nicht Statt findet. Paulus sagt *L.* 10. *D. h. t.* Item, quamvis Legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio heres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine Legis Aquiliae actio nascitur[71]).

III. Erstattung der zum Besten der gemeinschaftlichen Sache aufgewandten Unkosten. Hierbey sind jedoch folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Der Miteigenthümer machte die Verwendungen im Auftrage des andern. Hier kann er den Ersatz durch Klage oder Einrede fordern, und in jenem Falle sich nach Verschiedenheit des Verhältnisses, nicht nur des iudicii communi dividundo, sondern auch der actio mandati, oder pro socio, bedienen.

2) Der Miteigenthümer machte die Verwendungen ohne Auftrag. Hier ist wieder zu unterscheiden.

71) S. *Ant.* FABER Rational. in Pandect. h. L.

a) Er hat die Auslagen absichtlich für die gemeinschaftliche Sache, als solche, oder, welches einerley ist, für das Miteigenthum gemacht. In diesem Falle kann er den Ersatz derselben, sofern sie nothwendig, oder nützlich sind, von dem andern Theilhaber fordern.

L. 14. pr. D. h. t. In hoc iudicium hoc venit, *quod communi nomine actum est*, aut agi debuit ab eo, qui scit, se socium habere.

Es schadet nichts, wenn er sich auch in der Person des Miteigenthümers geirrt, und geglaubt hätte, die Sache gehöre ihm mit dem A. gemeinschaftlich zu, woran aber dem B. das Miteigenthum zusteht. Denn es ist schon genug, daß er die Sache für gemeinschaftlich hielt, und es ihm also mehr um die Sache, als um die Person zu thun war. Paulus sagt ausdrücklich *L. 29. D. h. t.*

Si quis, quum existimaverit, fundum communem sibi cum Maevio esse, quem cum Titio communem habebat, impendisset; recte dicitur etiam *communi dividundo iudicium* ei sufficere. Hoc enim est, si sciam rem communem esse, ignorem autem, cuius socii: *neque enim negotia socii gero*, *sed propriam rem tueor*; et magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur.

Die Worte: *neque enim negotia socii gero*, etc. scheinen widersprechend zu seyn, und man sollte fast glauben, es müsse umgekehrt heißen. Dies will auch Corn. van Bynkershök[72]). Allein der Ausdruck: *negotia gerere* bezieht

72) Observation. iur. Rom. Lib. VI. cap. 11.

zieht sich immer nur auf fremde Geschäfte, hingegen kann man eine gemeinschaftliche Sache mit Recht sein Eigenthum nennen, so weit man Antheil daran hat. So hat nach Cujaz[73]) diese Stelle Jensius[74]) ganz richtig erklärt. Vergleicht man hierüber noch die Auctoritäten, welche Brisson[75]) gesammlet hat, so ist diese Erklärung vollends außer Zweifel gesetzt, und die Bynkershökische Wortversetzung erscheint nicht nur als eine crisis dura, sondern contrastirt auch mit den folgenden Worten: *et magis ex re* etc. wie Sammet[76]) gegen Bynkershök sehr gründlich erinnert hat. Die letztern Worte aber *et magis ex re* etc. erklärt Pothier[77]) ganz richtig so: *actio communi dividundo magis ex eo nascitur, quod in rem communem, tanquam communem, impensum est, quam ex eo, quod habita fuerit contemplatio personae socii. Nam etsi eum noverim, magis mea contemplatione facio (cuius interest, tueri negotium, quod ad me pertinet) quam ipsius contemplatione.*

In Absicht auf die wegen dieser Verwendungen zustehende Klage ist jedoch folgender Unterschied merkwürdig.

73) Ad Lib. II. Quaestion. Pauli in h. L. 29.

74) Strictur. ad Rom. iuris Pand. ad h. L. 29. pag. 91. sq.

75) De Verbor. significat. v. *Proprius.*

76) Var. iuris civ. capita. Cap. 6. §. 3. in *Opuscul.* pag. 235. Nach dieser Erklärung können wir also aller weitern Emendation überhoben seyn, und wir haben weder nöthig mit *Io. Guil.* PAUW in Observationib. iuris Rom. Cap. 16. statt *propriam rem, proprie eam rem,* i. e. fundum, de quo instituit dicere ICtus, noch mit *Ios. Lud. Ern.* PÜTTMANN in Meletemat. iuris civ. Specim. I. Cap. 6. §. 2. *proprie iam rem tueor.* zu lesen.

77) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. LXXX. not. g. pag. 317.

α) Der Miteigenthümer hätte sein eigenes Interesse wahrnehmen können, ohne zugleich das Geschäft des andern mit besorgen zu dürfen. Hier hat die actio communi dividundo nicht Statt, sondern es kann deswegen nur allein *actione negotiorum gestorum* geklagt werden [78]). Folgende Stelle des Paulus bestätigt dieses ganz klar:

L. 40 *D. de negot. gestis.* Si communes aedes tecum habeam, et pro tua parte damni infecti vicino cavero; dicendum est, quod praestitero, negotiorum gestorum actione potius, quam communi dividundo iudicio posse me petere; *quia potui partem meam ita defendere, ut socii partem defendere non cogerer.*

Hierher gehört auch, was Ulpian sagt *L.* 6. §. 7. *D. h. t.* Si damni infecti *in solidum* praedibus (Bürgen) caveris; Labeo ait, *communi dividundo iudicium* tibi non esse: *cum necesse tibi non fuerit in solidum cavere*, sed sufficere *pro parte tua.* Quae sententia vera est.

β) Er konnte sein Geschäft nicht besorgen, ohne zugleich mit demselben das Geschaft des andern Theilhabers zu verbinden. Hier concurriren electiv die *actio communi dividundo* und *negotiorum gestorum* [79]). Ulpian theilt uns hierüber *L.* 6. §. 2. *D. h. t.* folgenden Grundsatz mit.

Non alias *communi dividundo iudicio* locus erit (ut et *Papinianus* scribit) nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: alioquin, si

78) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 3.

79) *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 37. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 575.

ſi potuit, habes *negotiorum gestorum actionem*, eaque tenetur.

Daß aber deswegen auch die *actio negotiorum gestorum* Statt habe, erhellet aus den oben bey dem iudicio familiae erciſcundae (§. 735. S. 115.) bereits angeführten Stellen, nämlich *L.* 18. §. 1. *Cod. familiae erciſc.* und *L.* 3. *Cod. de negot. geſt.* verglichen mit *L.* 6. §. 11. *D. h. t.*

In zwey Fällen hat jedoch nur das *iudicium communi dividundo utile* Statt.

1) Wenn dieser Verwendungen wegen auf Ersatz geklagt wird, nachdem schon die Gemeinschaft der Sache selbst aufgehoben war. Ulpian giebt in der *L.* 6. §. 1. *D. h. t.* folgenden Grundsatz: Iudicium communi dividundo *utile* datur *de praeſtationibus, quotiens fundus communis eſſe deſiit.* Und Cajus sagt überhaupt in der *L.* 11. *D. eodem.* In ſumma admonendi ſumus, quod ſi poſt interitum rei communis is, cui aliquid ex communione praeſtari oportet, eo nomine agere velit, *communi dividundo iudicium utile datur*; veluti ſi actor impenſas aliquas in rem communem fecit.

2) Wenn sich der Kläger in der Person des Miteigenthümers geirrt hatte, es mag wegen der Verwendungen geklagt werden, ehe noch die Gemeinschaft aufgehoben war, oder auch nachdem er seinen Antheil an einen Dritten veräußert hatte, wie aus folgender Gesetzstelle klar erhellet.

L. 6. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* Si quis putans ſibi cum Titio fundum communem eſſe, — ſumtum fecerit, cum eſſet cum alio communis, agi poterit *utili communi divi-*

dundo iudicio. Quare et si fundum Titius alienaverit, licet hic communi dividundo iudicio locus non sit, quia a communione discessum est, *utili tamen locum futurum.*

b) Der Miteigenthümer hat Auslagen für die gemeinschaftliche Sache gemacht, aber in der Meinung, sie für sich selbst auf sein privatives Eigenthum zu verwenden. In diesem Falle kann er der gemachten Verwendungen wegen eigentlich nach der Strenge des Civilrechts nicht klagen, weil er nicht die Absicht hatte, sich dadurch irgend einen Andern verbindlich machen zu wollen. Er kann sich also nur durch eine Retention helfen, so lange er im Besitz der gemeinschaftlichen Sache ist. Veräußert er also die Sache, so fällt auch sogar dieses Mittel der Retention weg. Jedoch kann solches dem Käufer nicht abgesprochen werden, er mag wegen der Sache selbst von dem Miteigenthümer des Verkäufers mit der Reivindication oder mit der Theilungsklage in Anspruch genommen werden. Doch läßt man auch hier in der Praxis die *actio negotiorum gestorum utilis* zu [80]). Aus dem Römischen Rechte sind folgende Stellen hier merkwürdig.

L. 14 *§.* 1. *D. h. t.* Impendia autem, quae, dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo iudicio mecum agetur, aequitate ipsius iudicii retinere possim, considerandum est? Quod quidem magis puto: quia bonae fidei iudicium est communi dividundo. Sed hoc

80) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 13. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3068. Not. d.

hoc ita, ſi mecum agatur. Caeterum, ſi alienavero partem meam, non erit, unde retinere poſſim. Sed is, qui a me emerit, an retinere poſſit, videndum eſt.: nam et ſi vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine, quae ego feciſſem, ita, ut ego, poterat retentionem facere: et verius eſt, ut et in hac ſpecie expenſae retineantur. Quae cum ita ſint, rectiſſime dicitur, etiam impendiorum nomine utile iudicium dari debere mihi in ſocium, etiam manente rei communione. Diverſum eſt enim, cum quaſi in rem meam impendo, quae ſit aliena, aut communis. *Hoc enim caſu, ubi quaſi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo: quia neminem mibi obligare volui.* At cum puto rem Titii eſſe, quae ſit Maevii, aut eſſe mihi communem cum alio, quam eſt: id ago, ut alium mihi obligem; et ſicut negotiorum geſtorum actio datur adverſus eum, cuius negotia curavi, cum putarem alterius ea eſſe, ita et in propoſito. Igitur et ſi abalienavero praedium, quia in ea cauſa fuit, ut mihi actio deberet, danda mihi erit, (ut *Iulianus* quoque ſcribit) negotiorum geſtorum actio.

L. 29. pr. D. eodem. Diverſa cauſa eſt eius, qui putat, ſe *in rem propriam* impendere, cum ſit communis: *huic enim nec communi dividundo iudicium competit, nec utile dandum eſt.* Ille enim, qui ſcit, rem eſſe communem, vel aliena [81]) negotia eo animo gerit, ut aliquem ſibi obliget, et in perſona labitur.

In

81) Statt *aliena* will Cujaz ad Pauli Quaeſt. h. L. lieber *alienam* leſen, nämlich in Beziehung auf rem, und dann unterſcheidet er dieſes Wort von *negotia* durch ein Comma. Allein

mit

folgenden Worte: *Diversum est enim* etc. nicht passen, so emendirt er hier auf folgende Art. Diversum est enim cum quasi *in rem alienam*, *aut communem*, *aut cum quasi in rem meam impendo*, quae sit aliena vel communis. Denn diese beyden Fälle setze **Paulus** einander entgegen. Man sehe dies auch schon daraus, weil es sonst nicht nöthig gewesen wäre, nach den folgenden Worten: Hoc enim casu, noch hinzuzufügen: *ubi quasi in rem meam impendo*, wenn vorher blos von diesem Falle allein die Rede gewesen wäre.

Soviel die oben angegebene andere Schwierigkeit anbetrifft, so hält Cujaz die Worte: *negotiorum gestorum* für ein Glossem eines unwissenden Auslegers, und will, daß man sie ganz wegstreiche. Faber hingegen hält sie für ächt, und erklärt sie so. Wenn ich Kosten zwar absichtlich auf eine fremde oder gemeinschaftliche Sache verwende, mich aber dabey in der Person des Eigenthümers, oder Miteigenthümers geirrt habe, so finde wegen des Ersatzes eine Klage Statt, weil ich hier die Absicht gehabt habe, mir einen andern verbindlich zu machen. Diese Klage sey bey bestehender Communion das iudicium communi dividundo utile, nach Aufhebung derselben aber die actio negotiorum gestorum.

Ohne alle Emendation hingegen hat **Justus Meier**[86]) die *L.* 14. auf folgende Art zu erklären gesucht. **Paulus**, sagt er, geht von dem Grundsatz aus, was dem Besitzer die exceptio doli ist, wenn er mit der Reivindication

86) **Ενδοξων Iustinianeor. sive Disputation. apologeticar. iuris civ. Decad. III. Cap. 8.**

cation in Anspruch genommen wird, das gewährt ihm die aequitas iudicii bey der Theilungsklage. Aus dieser Prämisse leite nun der Römische Jurist die Folge her, daß in dem Falle, da der Besitzer auf das gemeinschaftliche Grundstück in der Meinung, es sey sein privatives Eigenthum, Unkosten verwendet hat, dieser Verwendungen wegen, so lange die Communion besteht, auch das iudicium communi dividundo utile Statt haben müsse. Die Partikel *etiam* zeige also hier eine Fortdauer an, und sey soviel, als *etiamnum manente communione.* Der in den Gesetz enthaltene Satz sey demnach folgender:

Quicunque impendia aequitate iudicii retinere potest, si cum eo agatur communi dividundo, durante communione; eidem, manente adhuc rei communione utile dandum est iudicium. Cum enim durante communione sit iudicium communi dividundo: et eidem insint impendia, cur de iis, suadente aequitate, non datur iudicium?

Nun konnte aber die Frage entstehen, warum gerade nur bey noch bestehender Gemeinschaft das iudicium utile Statt haben solle, da doch sonst diese Klage auch noch nach aufgehobener Communion gestattet wird? *L. 6. pr. et §. 1. L. 11. D. h. t.* Hierauf antworte der Röm. Jurist, der Fall, wenn ich auf eine gemeinschaftliche Sache Kosten verwende, als wäre sie meine eigene Sache, sey von dem verschieden, von welchem die Regel spreche, die im Principium der *L.* 14. angegeben wird. Denn da ich hier nicht communi nomine gehandelt habe, und folglich auch mir Niemanden habe verbindlich machen wollen, so entstehe hier keine Klage ex ipsa gestione, sondern blos aus der noch fortdauernden Communion. Habe ich mich

hinge-

hingegen blos in der Person desjenigen geirrt, den ich für meinen Miteigenthümer hielt, so habe ich communi nomine gehandelt; und das iudicium communi dividundo ist begründet, die Gemeinschaft mag noch bestehen, oder schon getrennt seyn. Zwar sey es auch in dem Falle, da ich Kosten auf die gemeinschaftliche Sache verwendet habe, als wäre sie mein privatives Eigenthum, nicht minder der Billigkeit gemäß, daß mir noch, nach aufgehobener Communion, eine Klage zustehe; weil eine Klage während der Gemeinschaft Statt fand; allein die actio communi dividundo utilis könne hier nicht angestellet werden, sondern die actio negotiorum gestorum utilis.

Nach dieser Erklärung würde also in dem Falle, da der Miteigenthümer Kosten auf die gemeinschaftliche Sache verwendet hat, aber in der Meinung, sie für sich selbst auf sein privatives Eigenthum zu machen, eine Klage Statt finden! Wie läßt sich aber damit vereinigen, wenn eben dieser Paulus *L.* 29. *D. h. t.* ausdrücklich sagt: *Qui putat, se in rem propriam impendere, cum sit communis, huic nec communi dividundo iudicium competit, nec utile dandum est?* Die Schwierigkeit ist also durch diese Interpretation im mindesten nicht gehoben worden. Soviel ist indessen wohl gewiß, daß in der *L.* 14. *cit.* nur von zwey Fällen die Rede sey, welche Paulus mit einander vergleicht, nämlich wenn man eine gemeinschaftliche Sache für sein privatives Eigenthum hält, und dann, wenn man zwar weiß, daß die Sache gemeinschaftlich ist, aber sich in der Person des Miteigenthümers geirrt hat. Daher kann die Emendation des Cujaz, welcher *etiam non manente rei communione* lesen will, schlechterdings keinen Beyfall finden, da

ihr

ihr sowohl der ganze Zusammenhang des Textes, als auch die Auctorität des florentinischen Codex und die übereinstimmende Leseart aller übrigen Handschriften und Ausgaben der Pandecten offenbar entgegen streitet. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man mit der *L.* 14. die Basiliken[87]) vergleicht, welche den Sinn derselben auf folgende Art darstellen.

Εἰ μέντοι εἰς τὸ κοινὸν ὡς ἴδιον δαπανήσει, καὶ κινεῖται κατ' αὐτοῦ ἢ ἐπὶ τῷ πράγματι ἀγωγὴ ἐπὶ τῷ μέρει· ἢ τὸ διαιροῦν τὰ ἐπίκοινα δικαστήριον, ἔχει παρακατάσχεσιν ἐπὶ τῷ μέρει τῆς δαπάνης· καὶ ὁ παρ' αὐτοῦ ἀγοράσας ἔχει τὴν αὐτὴν παρακατάσχεσιν, ἐφ' οἷς ὁ πράτης ἐδαπάνησεν· ὁ γὰρ ὡς εἰς ἴδιον δαπανῶν ἐν πράγματι κοινῷ, ἢ ἀλλοτρίῳ, μόνην ἔχει παρακατάσχεσιν· οὐδένα γὰρ ἠθέλησεν ἑαυτῷ ἐνοχοποιῆσαι. εἰ μέν τοι κοινὸν ᾔδει τὸ πρᾶγμα, περὶ δὲ τὸ πρόσωπον ἐπλανᾶτο τοῦ κοινωνοῦ, ἁρμόζει τὸ διαιροῦν τὰ ἐπίκοινα δικαστήριον· ὥσπερ ὅτε τὸ τοῦ Πέτρου πρᾶγμα διοικήσω, ὡς τὸ Παύλου, ἔχω κατὰ τοῦ Πέτρου τὴν περὶ διοικήσεως ἀγωγήν.
i. e. *Si tamen in rem communem, quasi in rem suam, impenderit, et ab eo pars vindicetur, vel cum eo communi dividundo agetur, partem sumtuum retinebit, et qui ab eo emit partem quoque impendiorum, quae venditor fecit, retinere potest: qui enim in rem communem cum alio, vel in rem alienam, quasi in rem suam, impendit, tantum retentionem habet: neminem enim sibi obligare voluit. Si tamen sciebat, rem esse communem, erraverit autem in persona socii, communi dividundo iudicium competit, sicut, cum Petri negotia curavi, cum putarem Pauli ea esse, adversus Petrum negotiorum gestorum actionem habeo.*

Hier-

87) Tom. II. Lib. XII. Tit. 2. Const. 14. pag. 48. sq.

Hieraus ergiebt sich also, daß die Worte der *L.* 14. Quae cum ita sint, — etiam manente rei communione, sich nothwendig auf das Vorhergehende beziehen, wo von dem Falle die Rede ist, da der Miteigenthümer Auslagen für die gemeinschaftliche Sache gemacht hat, aber in der Meinung, daß sie ihm allein zugehöre. Da nun aber freylich die Schlußfolge in dieser Verbindung nicht affirmativ, sondern nur negativ ausfallen konnte, so dürfte wohl die Fabersche Emendation, *utile iudicium dari non debere*, vor der Cujazianischen den Vorzug verdienen, wenn ihr nur die Auctorität des florentinischen Codex nicht ebenfalls entgegenstünde. Einen richtigern Weg scheint mir daher **Petrus Duirsema**[88]) eingeschlagen zu haben. Dieser sucht durch eine Gemination der Schwierigkeit abzuhelfen, indem er die letzte Sylbe in dem Worte *nomine* doppelt lieset, woraus nun, ohne mit Faber die Partikel *non* einschieben zu dürfen, folgender negativer Sinn entsteht: impendiorum nomine *ne* utile iudicium dari debere mihi in socium, etiam manente rei communione. Die Partikel NE bedeutet aber hier soviel als *ne quidem*. Dies lehrt nicht nur der ganze Zusammenhang, sondern es wird auch die Partikel NE in der Bedeutung für *ne quidem* vorzüglich vom **Paulus** sehr häufig gebraucht, wie aus mehreren Fragmenten dieses Rechtsgelehrten erhellet. Ich muß hiervon um so mehr einige anführen, da weder **Brisson**[89]), noch **Wunderlich**[90]) diese Bedeutung haben,

88) Conjecturalium iuris civ. (*Groeningae 1714. 8.*) Lib. II. Cap. 9. §. 2.

89) De Verbor. iuris Significat. voc. *Ne.*

90) Additament. ad *Brissonium.*

ben, und auch Duirsema seine, gewiß vor allen den meisten Beyfall verdienende, Conjectur gar nicht weiter unterstützt hat, sondern diese Bedeutung als bekannt voraussetzt. Zum Beweis werden folgende Stellen, wie ich hoffe, hinreichend seyn.

L. 13. §. 1. *D. de interrogat. in iure.* Eum, qui patremfamilias, suum esse responderit servum, non teneri noxali actione: ac NE, si bona fide liber homo mihi serviat, mecum noxali iudicio agi potest.

L. 31. *pr. D. de excusat.* Nec me movet, quod dicat aliquis, hoc NE exigi, an administretur tutela.

L. 21. §. 1. *D. de actione rer. amotar.* Si servus mulieris, iussu dominae, divortii causa res amoverit, PEDIUS putat, NE furtum eum facere, quoniam nihil lucri sui causa contrectet.

L. 2. *D. de Rei vind.* Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem, sed NE partem dimidiam totius eius vindicabit.

Haloander verwandelt zwar in allen diesen Stellen das NE in nec; allein ohne allen Grund, wie Joh. Wilh. Marckart[91]) gezeigt hat. Ich will nur noch eine Stelle des Paulus aus der *Collatione Legg. Mosaicar. et Rom.* anführen, wo es Tit. XVI. §. 3. heißt:

Quem filius emancipatus suscepit, vel adoptavit, sui heredis locum obtinere non potest. Adoptivus tamen

91) Interpretation. receptar. iuris civ. Lectionum. Lib. I. cap. 6. §. 1.

tamen NE quasi cognatus bonorum possessionem eius potiri potest.

Anton Schulting[92]) will zwar hier ebenfalls statt NE, vielmehr *nec* lesen; es ist aber auch diese Emendation ganz unnöthig, wie Corn. Valerius Vonck[93]) und Herrmann Cannegieter[94]) mit Recht erinnert haben. Daß die Partikel NE in der angegebenen Bedeutung auch sonst bey den römischen Classikern sehr häufig vorkommt, haben Burmann[95]), Ducker[96]) und Scheller[97]) aus vielen Stellen der Alten erwiesen. Wer übrigens mit der Schreibart in den alten codicibus, und besonders mit den Abbreviaturen der florentinischen Pandecten nicht ganz unbekannt ist, wird wissen, daß eine der aller gewöhnlichsten und häufigsten Abkürzungen gewiß diejenige ist, daß man mehrere auf einander folgende gleiche Buchstaben, ja ganze gleichlautende Wörter der Kürze wegen zusammenzog, und nur einmal hinschrieb; z. B. statt necesse esset, *necesset*, statt ei ius *eius* u. s. w.[98]). Ihn wird es daher auch nicht befremden, wenn hier durch eben das Mittel der

92) Iurisprud. Antejustin. pag. 796. Not. 34.

93) Specim. critic. in varios Auctores. (*Trajecti ad Rhen.* 1744. 8.) pag. 52.

94) Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 7. pag. 168.

95) Ad *Quinctilian.* Institut. orator. Lib. VI. cap. 1. et ad *Petronium* cap. 9.

96) Ad *Florum* Lib. III. cap. 17.

97) Lateinisch-deutsches Wörterbuch sub voc. *Ne* lit. C. S. 3850.

98) S. *Guil.* BEST Ratio emendandi leges Cap. I. Nr. IV. pag. 20. sqq. und *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iur. Rom. Lib. IV. cap. 20.

der Gemination einer Schwierigkeit ist abgeholfen worden, welches unsern Criticern in unendlich vielen andern Fällen so vortrefliche Dienste geleistet hat, corrupte Stellen der Pandecten in ihrer vorigen Aechtheit und altem Glanze wieder herzustellen[99]). Die Worte: *etiam manente rei communione* sind nun so zu verstehen: etiamsi maneret rei communio. Der Sinn der Worte: *Quae cum ita sint* etc. wäre nun also der: Es folgt hieraus, daß man mit vollkommenen Grunde behaupten könne, der Unkosten halber finde in dem Falle, da der Miteigenthümer die gemeinschaftliche Sache für seine eigene gehalten hat, auch nicht einmal eine actio utilis Statt, wenn gleich keine Veräußerung geschehen ist, sondern die Gemeinschaft in Ansehung der Sache wirklich noch besteht. Ganz anderer Meinung unter den neuern Rechtsgelehrten ist zwar Joh. Gottfr. Sammet[100]). Nach seiner Erklärung soll das utile iudicium auch dem zustehen, welcher die Kosten auf die gemeinschaftliche Sache in der Meinung verwendet hat, als ob sie ihm allein zugehöre, und zwar gestatte Paulus hier darum nur ein iudicium utile, *etiam manente rei communione*, wenn gleich sonst, bey noch bestehender Communion, ein iudicium directum Statt finde; weil das directum nur in dem Falle Statt habe, wenn die Kosten auf die gemein-

99) Man vergleiche z. B. BEST Ratio emend. LL. Cap. 11. 12 et 14. *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 18. *Io. Conr.* RÜCKER Observationes Cap. 3. et 4. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iur. Rom. Lib. VI. cap. 6. et cap. 18. so wird man genug Beyspiele solcher Geminationen finden.

100) Receptar. Lectionum ad *Iauchium* libr. sing. Cap. 7. (in *Opuscul.* pag. 129.)

meinschaftliche Sache, als solche, absichtlich verwendet worden sind. Allein dieser Erklärung steht offenbar eben das entgegen, was gegen die oben angeführte Interpretation des Justus Meier erinnert worden, von der sie fast gar nicht unterschieden ist.

Die folgenden Worte: *Diversum est enim* etc. stehen nun auch mit dem Ganzen in genauem Zusammenhange, denn der Sinn gehet dahin: der Fall, von dem hier die Rede ist, *cum quasi in rem meam impendo, quae est communis*, sey freylich von dem, welcher gleich Anfangs erwähnt war, *si quid communi nomine actum est*, gesetzt auch, daß man sich in der Person dabey geirret habe, ganz verschieden.

Wie die letztern Worte: *Igitur et si abalienavero praedium — negotiorum gestorum actio*; den Auslegern haben einige Schwierigkeit, ja wie sie eine solche Mißdeutung haben verursachen können, als wir hier in ihren Interpretationen finden, ist unbegreiflich. Weder Cujaz, welcher die Worte *negotiorum gestorum* als ein Glossem weggestrichen haben will; noch Anton Faber, welcher in dem Fall, da sich der Miteigenthümer in der Person des Theilhabers geirrt hat, einen Unterschied macht, ob die Gemeinschaft noch besteht, oder durch Veräußerung aufgehört hat, und nur im ersten Fall des iudicium communi dividundo für begründet halten will, dahingegen in dem letzten die actio negotiorum gestorum Statt haben soll; noch Justus Meier, welcher gar die letzten Worte des §. 1. der *L.* 14. von dem Falle versteht, da der Miteigenthümer die gemeinschaftliche Sache für sein privatives Eigenthum gehalten hat; verdient Beyfall. Darin haben Cujaz und Faber vollkommen

men recht, daß die Worte: *Igitur et si alienavero* praedium blos von dem Falle zu verstehen sind, da sich der Miteigenthümer zwar in der Person des andern Theilhabers geirrt, die Auslagen aber doch für die gemeinschaftliche Sache gemacht hat. Allein die Auctorität des florentinischen Codex, und die übereinstimmende Leseart aller bis jetzt bekannten Handschriften und Ausgaben der Pandecten erlaubt eines Theils kein Wegstreichen der Worte *negotiorum gestorum*; andern Theils aber ist es auch noch keine Folge, daß die actio negotiorum gestorum in dem Falle, da durch Veräusserung die Gemeinschaft aufgehört hat, darum die allein zuständige sey, weil sie hier blos genannt ist. Denn daß auch hier die actio communi dividundo utilis electivisch concurrire, erhellet aus der *L.* 6. §. 1. *D. h. t.* ganz klar.

Von der Wirkung einer mittelst des iudicii communi dividundo geschehenen Theilung hat zwar **Hellfeld** nichts gesagt, es verdient aber doch wenigstens bemerkt zu werden, daß hier eben das gilt, was in dem vorigen Titel bey der Erbtheilungsklage hiervon gesagt worden ist. Was also dem Theilhaber gerichtlich zuerkannt worden ist, wird gleich sein privatives Eigenthum [1]), und der Richter muß ihm dabey schützen [2]). Es kann auch hier wegen der Entwährung Caution gefordert werden [3]). Entsteht während des Theilungsgeschäfts über ein Recht des gemeinschaftlichen

1) §. *ult. I. de officio iud.*

2) *L. 44. §. 1. D. famil. ercisc.* Si familiae erciscundae, vel *communi dividundo* actum sit: adiudicationes Praetor tuetur, exceptiones aut actiones dando.

3) *L. 10. §. 2. D. h. t.* In communi dividundo iudicio — *de evictione* quoque cavendum erit.

chen Grundstücks zwischen den Miteigenthümern und einem Dritten ein Streit, so wird zwar der Prozeß bis zur Theilung auf gemeine Rechnung geführt, und die erhaltenen Vortheile gehören auch zur Gemeinschaft; nachher aber, wenn dem einen Interessenten das ganze Grundstück allein zuerkannt worden ist, müssen sämmtliche Theilhaber einander gegenseitig caviren, daß sie das, was sie durch diesen Prozeß, als zur gemeinschaftlichen Sache gehörig, erstreiten werden, dem Adjudicatar überlassen wollen, dahingegen dieser auch dagegen ihnen die, von Zeit der Adjudication an, aufgewandte Prozeßkosten ersetzen zu wollen, sich anheischig macht [4]).

4) *L. 47. pr. D. famil. ercisc.* In iudicio familiae erciscundae, vel *communi dividundo*, si, dum res in arbitrio sit, *de iure praedii* controversia sit, placet, omnes eos, inter quos arbiter sumtus sit, et agere et opus novum nunciare pro sua quemque parte posse: et cum adiudicationes ab arbitro fiant, si uni adiudicetur totus fundus, caveri oportet, ut quae ex his actionibus recepta fuerint, reddantur; aut quae in eas impensae factae fuerint, praestentur: et si, cum res in iudicio esset, eo nomine actum non fuerit, eum sequi integram actionem, cui totus fundus adiudicatus fuerit, aut pro quacunque parte adiudicatus fuerit, aut pro quacunque parte adiudicatus erit. S. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. XLVIII. pag. 310. und Westphals System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten §. 830.

Lib. X. Tit. IV.

Ad exhibendum.

§. 741.

Was heißt *exhibere*? Was ist die *actio ad exhibendum*? In welchen Fällen hat sie Statt?

Der Ausdruck *Exhibere*[5]) hat in unsern Gesetzen verschiedene Bedeutungen.

1) Im allgemeinen Sinn heißt es, einen Gegenstand dem Andern darstellen, so daß er ihm gegenwärtig ist. Cajus sagt *L.* 22. *D. de Verb. Signific.* *Exhibere* est praesentiam corporis praebere. Und Ulpian erklärt es noch ausführlicher, wenn er *L.* 3. §. 8. *D. de homine libero exhib.* sagt: *Exhibere* est in publicum producere, et videndi tangendique hominis facultatem praebere. So wird also das Wort nicht nur von Sachen, sondern auch von Personen gebraucht. Z. B. exhibere eum, quem iudicio sisti promisimus. *L.* 17. *D. de in ius voc.* *L.* 4. *D. In ius vocati ut eant.* *L.* 4. *D. Qui satisdare cog.* *L.* 45. §. 3. *D. Mandati.* Allein hier, wo von der actio ad exhibendum die Rede ist, reicht diese Bedeutung nicht hin. Daher tadelt Pomponius *L. ult. D. de Verbor. Signif.*

 den

5) Ueber die Etymologie dieses Worts vergleiche man *Aegid.* MENAGII Amoenitat. iuris civ. Cap. 39. pag. 284.

den Labeo, wenn dieser sagt: *Exbibere* sey auch hier nichts anders, als *praestare eius, de quo agitur, praesentiam*, da dieser Ausdruck in dem Titel ad exhibendum, zu welchem die angeführte *L. ult.* gehört, mehr als eine bloße Darstellung des Gegenstandes, weshalb geklagt wird, in sich begreift [6]). Hier heißt also

2) *Exbibere* in einem engern Sinn soviel, als eine körperliche Sache dem Andern, der ein Interesse hat, sie zu sehen, an Gerichtsstelle oder auf eine solche Art vorzeigen, daß dieser dadurch in den Stand gesetzt wird, sein Recht in Ansehung der Sache zu verfolgen. In dieser Bedeutung sagt Paulus *L. 2. D. h. t.* *Exbibere* est facere in publico [7]) potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia. Die letztern Worte deuten auf eine Hauptklage hin, der durch die Exhibition der Weg gebahnt werden soll, und welche in den Gesetzen dieses Titels [8]) *iudicium directum*, oder *actio directa* genennt wird. Das *agat*, ist daher soviel, als *agere velit*, wie es in den Basiliken [9]) deutlicher ausgedruckt wird, wo es heißt: Παραστῆσαί ἐστιν ἀγαγεῖν δημοσίᾳ ἐφ᾽ ᾧ σχεῖν εὐχέρειαν τὸν βουλόμενον ἐναγαγεῖν. i. e. *Exbibere est in publicum producere, ut ei, qui agere velit, experiundi facultas sit.* In dieser Be-

6) S. *Iac.* CUJACII Commentar. ad Tit. de Verbor. Significat. h. L. ult. et *Io.* GOEDDAEI Commentar. ad eund. Tit. et Leg. ult. pag. 1242.

7) *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pandect. Lib. X. §. 5. lieset hier statt facere in publico durch Gemination facere *rei* in publico potestatem.

8) *L. 3. §. 13. L. 17. D. h. t.*

9) Lib. XV. Tit. 4. Constit. 2. nach FABROT. Tom. II. pag. 231.

Bedeutung unterscheidet man zwar eigentlich zwischen *exhibere* und *restituere*, wie Cajus lehrt *L.* 22. *D. de Verb. Signif.* wo er sagt: Plus est in *restitutione*, quam in *exhibitione*: nam — *restituere* est etiam possessorem facere, fructusque reddere: pleraque praeterea *Restitutionis* verbo continentur[10]). Allein die Römischen Rechtsgelehrten sind, wie Noodt[11]) sehr gründlich bemerkt hat, bey der Proprietät des Worts *Exhibere* nicht stehen geblieben, sondern haben demselben, nach dem Beyspiele des Worts *Restituere*, durch eine billige Auslegung des Edicts eine ausgedehntere Bedeutung beygelegt, welche Ulpian anführt, wenn er *L.* 9. §. 5. *D. h. t.* sagt:

Quantum autem ad hanc actionem attinet, *Exhibere* est, in eadem causa praestare, in qua fuit, cum judicium acciperetur: ut quis copiam rei habens possit exequi, actione, quam destinavit, in nullo casu, quam intendit, laesa: quamvis non de restituendo, sed de exhibendo agatur.

Da die Leseart dieser an sich etwas dunkeln Stelle sehr verschieden ist[12]), so will ich zur Erläuterung zuvörderst den

10) Die Erklärung des Ausdrucks *Restituere* ist schon an einem andern Orte dieses Commentars vorgekommen. S. den 8. Th. §. 588.

11) Commentar ad Pand. h. t. §. *Quid, si quis. Operum* Tom. II. pag. 249.

12) Ich habe die Leseart des Taurellius beybehalten, mit welcher auch unser Codex Pandect. membran. übereinstimmt, ausgenommen, daß derselbe zuletzt statt *de exhibendo*, ad exhibendum liefet. Allein Haloander hat: *possit* ACTIONEM *exequi, quam destinavit, in nullo* CAUSA, *quam intendit, laesa.*

den Geist derselben aus den Basiliken [13]) darstellen, wo diese Stelle viel deutlicher und kürzer auf folgende Art ausgedrückt ist:

Παραςῆσαι ἐςιν ἐπὶ τῆς παραςατικῆς ἀγωγῆς, τὸ κατὰ μηδὲν χεῖρον τὸ πρᾶγμα γενόμενον, ἤπερ ἦν ἐν τῇ προκατάρξει.

laesa. Bey Baudoza heißt es: *possit exequi actione*, QUOD *destinavit*, *in nullo* CAUSA, *quam intendit*, *laesa*. Lieset man mit der Florentine *in nullo casu*, so ist freylich das Nachfolgende: quam intendit, nicht ganz passend. Daher halten *Guil.* BUDAEUS in Annotation. in Pandectas (*Lutetiae 1556.*) pag. 121. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1181. und *Ger.* NOODT in Commentar. ad Pand. h. t. §. *Quid, si quis eandem* etc. Tom. II. *Operum* pag. 250. die florentinische Leseart für fehlerhaft, und lesen statt CASU vielmehr nach Haloander und Baudoza, CAUSA. *Io. Guil.* MARCKART Interpretation. receptar. iuris civ. Lectionum Lib. II. cap. 20. §. 1. pag. 296. schlägt hingegen eine doppelte Art der Emendation vor; 1) durch Versetzung der Worte, auf folgende Art: *actione, quam destinavit, et quam intendit, in nullo casu laesa*; 2) durch Aenderung der Worte: *quam intendit*, wofür er: QUEM *intendit*, lesen will. POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XXV. pag. 325. erklärt endlich die Worte: *quam intendit*, in Beziehung auf actio, durch eine Parenthese. Seine Paraphrase von dieser Stelle not. d. geht dahin: Quamvis actor, schreibt er, egerit tantum *ad Exhibendum*, nondumque egerit directo iudicio, ut res sibi restituatur; tamen res exhiberi debet in eadem causa; id est, sic ut non laesa sit actio, quam intendere destinabat. Mihi igitur, qui rei vindicatione acturus eram, non videbitur res exhiberi, quae post acceptum *ad Exhibendum* iudicium, fuerit a possessore usucapta. Es ist wohl nicht zu läugnen, daß die Leseart des Baudoza den deutlichsten und richtigsten Sinn enthält.

13) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Const. 9. §. 4. pag. 237.

ξει παραστῆσαι, ὥστε σχεῖν εὐχέρειαν τὸν ἐνάγοντα κινῆσαι τὴν πρωτότυπον. i. e. *In actione ad exhibendum* EXHIBERE *est, rem in nihilo deteriorem, quam erat litis contestatae tempore, exhibere, ut actor directae ac principalis actionis exequendae facultatem habeat.*

Aus dieser Vergleichung ergiebt sich, daß *Exhibere*, in Beziehung auf die actio ad exhibendum, soviel heißt, als eine Sache in dem Zustande, worin sie sich bey der Einlassung auf die Klage befand, unverändert und unverschlimmert, nebst allem, was zu ihr gehört, darstellen, damit dem Kläger sein Recht, welches er an der Sache zu verfolgen, sich vorgesetzt hat, in keinem Stück (*in nullo*, d. i. nulla in re, nulla ex parte, nullo modo, wie es Donellus erklärt) verletzt werde. Diese Bedeutung des Worts erklärt sich noch deutlicher aus einer Stelle der Institutionen, nämlich §. 3. *I. de officio iudicis*, wo es heißt:

Si *ad exhibendum* actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est; sed opus est, *ut etiam* REI CAUSAM *debeat exhibere*, id est, *ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset.* Ideoque si inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur [14]). Praeterea fructuum medii temporis, id est, eius, quod post acceptum ad exhibendum iudicium, ante rem iudicatam intercesserit, rationem habere debet iudex.

Was

14) THEOPHILUS in Paraphrasi graec. Institution. ad h. §. Tom. II. pag. 912. sq. der Reitzischen Ausgabe, setzt hier noch zur Erläuterung des Textes Folgendes hinzu: ὁ δυνάμενος λέγειν, ὅτι δεσ-

den Geist derselben aus den Basiliken [13]) darstellen, wo diese Stelle viel deutlicher und kürzer auf folgende Art ausgedrückt ist:

Παραςῆσαι ἐςιν ἐπὶ τῆς παραςατικῆς ἀγωγῆς, τὸ κατὰ μηδὲν χεῖρον τὸ πρᾶγμα γενόμενον, ἥπερ ἦν ἐν τῇ προκατάρξει.

laesa. Bey Baudoza heißt es: *possit exequi actione*, QUOD *destinavit*, *in nullo* CAUSA, *quam intendit*, *laesa*. Lieset man mit der Florentine *in nullo casu*, so ist freylich das Nachfolgende: quam intendit, nicht ganz passend. Daher halten *Guil.* BUDAEUS in Annotation. in Pandectas (*Lutetiae* 1556.) pag. 121. *Hug.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1181. und *Ger.* NOODT in Commentar. ad Pand. h. t. §. *Quid, si quis eandem* etc. Tom. II. *Operum* pag. 250. die florentinische Leseart für fehlerhaft, und lesen statt CASU vielmehr nach Haloander und Baudoza, CAUSA. *Io. Guil.* MARCKART Interpretation. receptar. iuris civ. Lectionum Lib. II. cap. 20. §. 1. pag. 296. schlägt hingegen eine doppelte Art der Emendation vor; 1) durch Versetzung der Worte, auf folgende Art: *actione, quam destinavit, et quam intendit, in nullo casu laesa*; 2) durch Aenderung der Worte: *quam intendit*, wofür er: QUEM *intendit*, lesen will. POTHIER in Pandect. Iustinian. h. t. Nr. XXV. pag. 325. erklärt endlich die Worte: *quam intendit*, in Beziehung auf actio, durch eine Parenthese. Seine Paraphrase von dieser Stelle not. d. geht dahin: Quamvis actor, schreibt er, egerit tantum *ad Exhibendum*, nondumque egerit directo iudicio, ut res sibi restituatur; tamen res exhiberi debet in eadem causa; id est, sic ut non laesa sit actio, quam intendere destinabat. Mihi igitur, qui rei vindicatione acturus eram, non videbitur res exhiberi, quae post acceptum *ad Exhibendum* iudicium, fuerit a possessore usucapta. Es ist wohl nicht zu läugnen, daß die Leseart des Baudoza den deutlichsten und richtigsten Sinn enthält.

13) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Const. 9. §. 4. pag. 237.

ξει παραςῆσαι, ὥςε σχεῖν εὐχέρειαν τὸν ἐνάγοντα κινῆσαι τὴν πρωτότυπον. i. e. *In actione ad exhibendum* EXHIBERE *est, rem in nihilo deteriorem, quam erat litis contestatae tempore, exhibere, ut actor directae ac principalis actionis exequendae facultatem habeat.*

Aus dieser Vergleichung ergiebt sich, daß *Exhibere*, in Beziehung auf die actio ad exhibendum, soviel heißt, als eine Sache in dem Zustande, worin sie sich bey der Einlassung auf die Klage befand, unverändert und unverschlimmert, nebst allem, was zu ihr gehört, darstellen, damit dem Kläger sein Recht, welches er an der Sache zu verfolgen, sich vorgesetzt hat, in keinem Stück (*in nullo*, d. i. nulla in re, nulla ex parte, nullo modo, wie es **Donellus** erklärt) verletzt werde. Diese Bedeutung des Worts erklärt sich noch deutlicher aus einer Stelle der Institutionen, nämlich §. 3. *I. de officio iudicis*, wo es heißt:

Si *ad exhibendum* actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est; sed opus est, *ut etiam* REI CAUSAM *debeat exhibere*, id est, *ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset.* Ideoque si inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur [14]). Praeterea fructuum medii temporis, id est, eius, quod post acceptum ad exhibendum iudicium, ante rem iudicatam intercesserit, rationem habere debet iudex.

Was

14) THEOPHILUS in Paraphrasi graec. Institution. ad h. §. Tom. II. pag. 912. sq. der Reitzischen Ausgabe, setzt hier noch zur Erläuterung des Textes Folgendes hinzu: ἐ δυνάμενος λέγειν, ὅτι δεσ-

Was hier zur Erläuterung von der Usucapion gesagt wird, hat auch Ulpian bemerkt. Dieser sagt nämlich §. 6. der oben angeführten *L. 9. h. t.*

Proinde si post litem contestatam usucaptum exhibeat, non videtur exhibuisse: cum petitor intentionem suam perdiderit, et ideo absolvi eum non oportere, *nisi paratus sit, repetita die, intentionem suscipere: ita ut fructus secundum legem aestimentur.*

Es bezieht sich dies nämlich darauf, daß nach dem ältern Römischen Rechte die Usucapion durch die Litiscontestation nicht unterbrochen wurde, und daher auch noch während des Prozesses vollendet werden konnte[15]). Dem Besitzer half indessen dieses nichts, weil die Sache in dem Zustande exhibirt werden mußte, worin sie sich zur Zeit der angestellten Exhibitionsklage befand. Der Beklagte wurde also nicht anders von der Klage absolvirt, als wenn er bereit war, sich auf die actio in rem, um deren Willen ad exhibendum war geklagt worden, eben so einzulassen

δεσπότης γέγονα, διὰ τῆς οὐσουκαπίωνος, καὶ οὐ δεῖ με καταδικασθῆναι, καὶ ἀποδοῦναι τὸ γεγονὸς ἐμόν· ἐπειδὴ ἐν τῷ καιρῷ τῆς προκατάρξεως τῆς ad exhibendum *οὔπω ἦν περαιωθεῖσα ἡ οὐσουκαπίων, εἰ καὶ μεταξὺ παρολκῆς γενομένης ὁ χρόνος αὐτῆς παρῆλθε.* i. e. *nec dicere potest, per usucapionem dominus factus sum, nec me condemnari oportet, et, quod meum factum est, reddere: quoniam institutae ad exhibendum actionis tempore usucapio nondum erat consumata, etiamsi intra factam moram tempus eius exiit.*

15) *L. 18. et L. 20. D. de rei vindicat.* S. VINNII Commentar. ad §. 3. I. de officio iudic. und den 8. Th. dieses Commentars §. 588. Not. 46. S. 221.

sey, als wenn die Klage schon vor der Vollendung der Usucapion wäre angestellet worden, und also auch von der Zeit an die Früchte der Sache, als welche zur causa rei gehören, dem Kläger zu restituiren. So verstehen Donellus[16]), Noodt[17]) und Pothier[18]), die Worte: *repetita die intentionem suscipere.* Doneau sagt: Sensus est: nisi possessor paratus sit suscipere intentionem sequentis actionis in rem ita, ut velit se teneri ea actione ad rem restituendam ex eo die, quo primum ad exhibendum actum est; ut sic et actionem amissam in se suscipiat, et restitutio retroversus ad diem actionis primum institutae referatur. Unde eveniat, ut et fructus in ea actione ex eadem repetita die aestimentur *secundum legem*, id est, secundum conventionem superiorem. So wie hier Doneau die letzten Worte: *secundum legem* versteht, hat sie auch Noodt erklärt: Sensus erit, sagt er: Nisi possessor dicat, se esse paratum, id est, actori promittat, suscipere eius intentionem, sive in rem actionem, quae alias secutura fuisset; eaque, etsi iam peremta usucapione, ad restitutionem teneri ex eo die, quo est actum ad exhibendum, perinde quasi usucapio nulla intervenisset. Quod si fiat, iam is erit exitus, ut et fructus ex repetita illa die praestentur *secundum legem*: id est, secundum promissionem illa conventione factam. Pothier[19]) hingegen erklärt die

Worte

16) Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1181.

17) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 250.

18) Pandect. Iustin. h. t. Nr. XXV. Not. e. et f. pag. 325.

19) a. a. O. Not. g.

Worte *secundum legem* mit Cujaz [20]) secundum *legem duodecim tabularum*, quae *de duplis fructibus restituendis* cavebat. Es ist diese Verordnung der zwölf Tafelgesetze schon an einem andern Orte vorgekommen [21]). In dem neuern Römischen Rechte ist jedoch das alles abgeändert, was hier von der Strenge der Usucapion [22]) und der Früchte gesagt worden ist [23]).

3) Zuweilen hat *exbibere* mit *restituere* einerley Bedeutung, und heißt soviel als eine Sache herausgeben, die zufällig in den Besitz eines Andern gekommen ist, oder die ein Anderer widerrechtlich erhalten, oder mala fide an sich gebracht hat, und im Falle diese Restitution von dem Andern durch seine Schuld nicht geschiehet, das durch den Schätzungseid des Klägers zu bestimmende volle Interesse leisten. Hierher gehören folgende Stellen.

L. 5. §. 2. *D. h. t.* Idem *Iulianus* scribit, emtorem, qui ruta caesa non restituit, *ad exhibendum teneri, in quantum in litem iuravero.* Sed ibi adiicit, si emtor possideat, aut *dolo fecit, quominus possideat* [24]).

§. 3.

20) Observation. Lib. IX. cap. 19.

21) Siehe den 8. Theil dieses Commentars §. 591. S. 267. und Not. 81.

22) S. den 3. Th. dieses Commentars 2. Abth. §. 236. a. S. 394.

23) S. des 8. Th. 1. Abth. §. 591. S. 268.

24) In den *Basilic.* Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. pag. 234. lauten die Worte dieser Stelle deutlicher so: Ο ἀγοραστὴς νεμόμενος τὰ ἀποσπώμενα δὲ τὰ τεμνόμενα ἐκ τῶν ἀγρῶν, μὴ ἀποκαθιστῶν αὐτὰ, ἢ δόλῳ παυσάμενος τῆς νομῆς, ἐνάγεται τῇ παραστατικῇ ἀγωγῇ, καὶ ὑπόκειται τῷ ἐνδίκῳ ὅρκῳ. i. e.

§. 3. Idem *Celsus* scribit, stercus, quod in aream meam congessisti, *per ad exhibendum actionem* posse te consequi, *ut tollas*: sic tamen, *ut totum tollas*; caeterum alias non posse.

§. 4. Sed et si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius, posse eum conveniri *ad exhibendum*, *Neratius* scribit.

§. 5. Sed et si de ruina aliquid in tuam aream vel in tuas aedes deciderit, teneberis *ad exhibendum*, licet non possideas.

L. 9. §. 1. *D. eod.* Glans ex arbore tua in fundum meum incidit, eam ego immisso pecore depasco: qua actione possum teneri? *Pomponius* scribit, competere *actionem ad exhibendum*, si dolo pecus immisi, ut glandem comederet. Nam et si glans extaret, nec patieris me tollere, *ad exhibendum teneberis*; quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur. Et placet nobis *Pomponii* sententia, sive glans extet, sive consumta sit. Sed si extet, etiam *interdicto de glande legenda*, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas esset, uti potero, si damni infecti cavero[25]).

§. 2.

i. e. *Emtor, qui ruta caesa fundi possidet, nec ea restituit, vel qui dolo fecit, quominus possideat, ad exhibendum actione tenetur, et iuriiurando in litem subiicitur.* Was *ruta caesa* sind, ist an einem andern Orte dieses Commentars 2. Th. §. 173. S. 530. Not. 100. vorgekommen.

25) S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. Lib. X. pag. 441. sqq.

§. 2. *l. Quib. alienare licet.* Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide consumti sunt, condici possunt; *si mala fide, ad exhibendum de his agi potest*[26]).

Was das *exhibere* sagen will, wenn die Sache durch des Beklagten Schuld nicht restituirt wird, erklärt

§. 3. *in fin. l. de officio iud.* condemnandus sit reus in id, *quod actoris interrat*, si ab initio res exhibita esset. Endlich

4) in dem Interdicto *de libero homine exhibendo* heißt *exhibere* soviel, als einen freyen Menschen, welcher von Jemanden auf eine widerrechtliche Art wider seinen Willen zurückgehalten wird, loslassen, und auf freyen Fuß stellen. Ulpian sagt *L.* 3. §. 8. *D. de hom. lib. exhib.* *Exhibere* proprie est, extra secretum habere.

Die Exhibition eines Gegenstandes kann nun auf einem zweyfachen rechtlichen Wege verlangt werden, nämlich bald mittelst einer *petitorischen Klage*, (iure actionis), bald mittelst eines *Interdicts*, (iure interdicti).[27]) In jenem Falle heißt die Klage, *actio ad exhibendum.* Diese setzt voraus, daß dem Kläger daran gelegen sey, eine Sache, wegen eines ihm daran zustehenden dinglichen oder persönlichen Rechts, zu haben. Das Interesse des Klägers muß also hier ein *interesse pecuniarium* seyn. Cajus sagt ausdrücklich *L.* 13. *D. h. t.*

Haec actio ei creditur competere, cuius *pecuniariter* interest.

Die

26) Add. *L. 11. §. ult. D. de reb. credit.*

27) S. *Io.* GODDAEI Commentar. repetitae praelect. in Tit. 16. libri L. Pand. de Verb. Signif. ad L. 22. h. t. nr. 8. pag. 328.

Die Florentine lieset zwar *peculiariter.* Allein mit Recht giebt Cujaz jener Leseart den Vorzug vor der florentinischen, dem auch **Noodt**[28]), **Huber**[29]) und **Pothier**[30]) hierin beypflichten. Denn, außer der Florentine und Haloandrine, haben nach **Brenkmanns** Anmerkung in dem Gebauerschen Corpore iuris Rom. alle übrige Ausgaben *pecuniariter.* Eben so lieset der Erlanger Pandecten-Codex. Diese Leseart stimmt auch mit dem ganzen Zusammenhange besser überein. Denn es ist vorher die Rede davon, daß die Klage ad exhibendum nicht Statt finde, wenn ein freyer Mensch von Jemand arglistig detinirt wird. Ein Interesse kann immerhin hier eintreten, diesen Menschen auf freyen Fuß gestellt zu sehen. Allein ein interesse pecuniarium ist es wenigstens nie. Endlich bestärken diese Leseart auch die Basiliken[31]). In diesen heißt es: ἡ γὰρ ἀποκαταστατικὴ ἀγωγὴ ἁρμόζει ᾧ τινι χρηματικῶς διαφέρει. i. e. *Nam actio ad exhibendum competit ei, cuius pecuniariter interest.* Was Cocceji[32]), welcher die florentinische Leseart in Schutz nimmt, dagegen eingewendet hat, ist sehr unbedeutend. Denn in allen den Fällen, die er anführt, ist zwar freylich ein interesse pecuniarium vorhanden; der Grund aber, warum dennoch

28) Commentar. ad Dig. h. t. §. Sequens tractatus. T. II. *Operum* pag. 245.

29) Praelection. iuris Rom. P. II. h. t. §. 2. pag. 415. (edit. *Franequer. 1689. 4.*)

30) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. VII. not. m. pag. 322.

31) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. pag. 239. nach Fabrot.

32) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 2.

dennoch die *actio ad exhibendum* nicht gestattet wird, ist blos der, weil hier der Kläger keinen Anspruch an der Sache selbst hatte, an deren Exhibition ihm gelegen ist. In solchen Fällen findet nur ein Interdict Statt: z. B. das *Interdictum de libero homine exhibendo*, um die Freyheit eines Menschen in einem solchen Falle zu schützen, wo jedem Bürger daran gelegen seyn mußte, daß der in seiner Freyheit Beeinträchtigte losgelassen wurde. Ferner das *Interdictum de tabulis exhibendis*, welches den Legatarien, und allen denen zukommt, welchen, außer dem Erben, daran gelegen ist, das Testament einzusehen. Diese können darum nicht ad exhibendum klagen, weil sie an dem Testament selbst keinen Anspruch haben, dessen Eigenthum vielmehr dem Erben zusteht[33]). Daher kann nur dieser ad exhibendum klagen[34]); so wie der Testirer, so lange er lebte. Bey diesen findet dagegen das Interdict nicht Statt[35]). Ist von andern Urkunden und Schriften die Rede,

33) *L. 3. §. 8. D. h. t.* Si quis, extra heredem, tabulas testamenti, vel codicillos, vel quid aliud ad testamentum pertinens exhiberi velit, dicendum est, *per hanc actionem agendum non esse:* cum sufficiunt sibi *interdicta in hanc rem competentia.*

34) *L. 3. D. Testam. quemadm. aperiant.* Ipsi tamen heredi vindicatio tabularum, sicut ceterarum hereditariarum rerum, competit: et ob id *ad exhibendum quoque agere potest.* —

35) *L. 3. §. 5. D. de tabb. exhib.* Si ipse testator, dum vivit, tabulas suas esse dicat, et exhiberi desideret: Interdictum hoc locum non habebit; sed *ad exhibendum* erit agendum, ut exhibitas vindicet. Quod in omnibus, qui corpora sua esse dicunt instrumentorum, probandum est. S. Westphals syst. Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente. §. 26. ff.

Rede, welche man nach der Strenge des Rechts nicht vindiciren kann, allein Gründe der Billigkeit streiten dennoch für das Gesuch der Exhibition, so hat die *actio in factum* Statt[36]). Hierher gehört, was Ulpian *L.* 3. §. 14. *D. h. t.* sagt:

Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut quamvis *ad exhibendum* agi non possit, *in factum* tamen *actio* detur, ut *Iulianus* tractat. Servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhibere. Ait *Iulianus*, si quidem mea charta scriptae sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum. Nam cum charta mea sit, et, quod scriptum est, meum est. *Sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri. In factum igitur mihi actionem competere.*

Die *actio ad exhibendum* ist nun ihrer Natur nach bald eine blos präparatorische, bald eine Hauptklage.

I. Als vorbereitende Klage ist sie dazu eingeführt, um eine gewisse andere Hauptklage dadurch zu begründen, welche entweder anders gar nicht Statt hat, oder wenigstens nicht sicher und mit Nutzen angestellt werden kann, als wenn zuvor eine gewisse Sache dem Kläger vorgezeigt worden ist. Ursprünglich wurde diese Klage zwar nur hauptsächlich zur Vorbereitung und Erleichterung

36) S. *Hieron.* ELENI Diatribar. seu Exercitation. ad ius civile Lib. II. cap. 8. (In *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. II. pag. 1429.)

der Eigenthumsklage eingeführt, wie aus *L.* 1. *D. h. t.* erhellet, wo Ulpian sagt: Haec actio perquam necessaria, et vis eius in usu quotidiano est: et maxime *propter vindicationes* inducta est. [37]). Allein sie wurde nachher aus Gründen des Nutzens und der Nothwendigkeit dergestalt erweitert, daß diese Klage jetzt angestellt werden kann, so oft Jemand dabey interessirt ist, eine Sache zu sehen, welche ihm der Inhaber vorzeigen kann, um ein, ihm daran zustehendes dingliches, oder persönliches Recht verfolgen zu können [38]). Daher können zuweilen auch mehrere zugleich der nämlichen Sache wegen ad exhibendum klagen, denen aus ganz verschiedenen Gründen daran gelegen ist, die Sache zu sehen [39]).

Als vorbereitende Klage hat die actio ad exhibendum hauptsächlich einen zweyfachen Gebrauch. Sie dient

1) dazu,

37) Schon die alte Vindicationsformel machte ehemals die Darstellung der Sache vor Gericht nothwendig. Der Kläger sagte: *Hanc rem ex iure Quiritium meam esse aio.* Die Sache konnte also nicht vindicirt werden, wenn sie nicht gegenwärtig war. *L.* 47. *D. de rei vindic. Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. 1. h. t. und *Ios.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. I. cap. 15. nr. 10. sqq.

38) S. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 3. not. s. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 578.

39) *L.* 3. §. 12. *D. h. t.* Pomponius scribit, eiusdem hominis nomine recte plures ad exhibendum agere posse: forte, si homo primi sit; secundi in eo ususfructus sit; tertius possessionem suam contendat; quartus pigneratum sibi eum adfirmet. Omnibus igitur ad exhibendum actio competit: quia omnium interest, exhiberi hominem.

1) dazu, um eine Klage anstellen zu können, die man einer gewissen Sache wegen zwar schon jetzt hat, welche aber doch anders nicht sicher angestellet werden kann, als wenn uns zuvor die Sache vorgezeigt worden ist. Dies hat besonders in zwey Fällen Statt.

a) Wenn es ungewiß ist, ob eine gewisse Sache, welche der Gegner besitzt, wirklich diejenige sey, die wir zu verfolgen berechtiget sind [40]).

b) Wenn uns daran gelegen ist, die Beschaffenheit der Sache, ihren Zustand, und ihre Größe kennen zu lernen, welche sie zur Zeit der angestellten Klage hat; weil nun während des Prozesses die Sache nicht durch des Beklagten Schuld deteriort, noch etwas davon genommen werden kann, weshalb nicht nachher Ersatz gefordert werden könnte [41]).

Die Klagen, zu deren Vorbereitung die Exhibition einer Sache verlangt werden kann, sind von dreyerley Art, welche in den Gesetzen dieses Titels angegeben werden.

aa) Realklagen. Nicht blos die Reivindication. Nein. Ulpian sagt ausdrücklich *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* Qui ad exhibendum agit, non utique *dominum* se dicit, nec debet ostendere: cum multae sint causae ad exhibendum agendi. Alle übrige Realklagen können ebenfalls der actioni ad exhibendum Raum geben. Daher fährt Ulpian *L.* 3. §. 5. *D. h. t.* fort; Haec actio ei competit, qui in rem acturus est, *qualicunque in rem actione:* etiam

 pigne-

40) S. HUBERI Praelection. iuris Rom. P. II. h. t. §. 3.

41) DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1177.

pigneratitia Serviana[42]), sive *hypothecaria*[43]), quae creditoribus competunt. Und §. 4. heißt es weiter: Sed et *usumfructum petituro*, competere *ad exhibendum*, **Pomponius** ait. Hieraus erklärt sich nun auch, wie es möglich sey, daß mehrere, welchen eine verschiedene Realklage der nämlichen Sache wegen zusteht, zu gleicher Zeit ad exhibendum klagen können. Z. B. der eine kann das Eigenthum, der andere den ususfructus, der dritte ein Pfandrecht an der Sache haben[44]). Es kommt auch darauf nicht an, ob derjenige, welcher ad exhibendum klagt, die Hauptklage, welche dadurch vorbereitet wird, im eigenen Namen, oder nur als Procurator anstellen kann. Denn der zur Anstellung der Reivindication bevollmächtigte Procurator kann auch ad exhibendum klagen, wenn gleich seine Vollmacht davon nichts enthält[45]).

bb) Interdicte, sofern zu deren Verfolgung eben so, wie bey den Vindicationen, die Darstellung der Sache nöthig ist, damit nicht die Sache, wenn man sich solche hat vorzeigen lassen, nachher ungestraft deteriorirt oder vermindert werden könne, welches bey denjenigen Interdicten der Fall ist, die eben so, wie Realklagen, auf Restitution des Besitzes gehen. Dergleichen sind die Interdicte Quod legatorum,

42) i. e. ea in rem actione, quae datur de pignore tradito. S. *Ian. a* COSTA Commentar. ad §. 7. I. de actionib. pag. 526.

43) i. e. quae datur de pignore, nuda conventione constituto. S. *a* COSTA. c. l.

44) *L. 3. §. 12. D. h. t.*

45) *L. 56. D. de Procurator.* Ad rem mobilem petendam datus procurator, ad exhibendum recte aget.

gatorum, Unde vi, nämlich wegen der in dem mit Gewalt in Besitz genommenen Grundstück befindlich gewesenen beweglichen Sachen, ferner de precario, und de glande legenda[46]). Keinesweges aber gehören dahin die interdicta de libero homine exhibendo, de liberis exhibendis, und de tabulis exhibendis. Denn das erstere ist nur zur Beschützung der Freyheit eingeführt, und hat also kein interesse pecuniarium zum Grunde[47]). Das andere hat die Erhaltung der Freyheit der Kinder, und der väterlichen Gewalt zum Zweck; nun ist beydes, die Freyheit und die väterliche Gewalt unschätzbar[48]). Das letztere Interdict hingegen geht ja schon auf Vorlegung des Testaments, um daraus zu ersehen, was dem Imploranten zu wissen nöthig ist[49]). Es wäre also der größte Unsinn, auf Vorlegung des Testaments zu klagen, um ein Interdict wegen Vorlegung des Testaments anstellen zu können[50]).

cc) Noxalklagen, wenn nämlich der Kläger, der wegen des Delicts eines fremden Sklavens gegen den Herrn desselben klagen wollte, den Sklaven, welcher den Schaden gethan hatte, nicht mit Namen anzugeben wußte, noch denselben auf andere Art genugsam zu bezeichnen im Stande war, weil er ihn vorher noch nicht gekannt hatte.

 Hier

46) *L. 9. §. 1. D. h. t.* DONELLUS in Comm. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1177.

47) *L. 13. D. h. t. L. 1. D. de lib. hom. exhib.*

48) *L. 106. D. de Reg. iur.*

49) *L. 3. §. 8. D. de tab. exhib.*

50) DONELLUS c. l. pag. 1177.

Hier konnte der Kläger verlangen, daß ihm der Beklagte die ganze Sklaven-Familie vorstelle, um den Sklaven, der den Schaden gethan hatte, darunter auszusuchen, und sagen zu können, dieser sey es, welcher den Schaden angerichtet hat[51]).

2) Die *actio ad exhibendum* kann auch dazu dienen, um durch die Exhibition der Sache in Ansehung derselben eine Klage zu erhalten, die man vorher nicht hatte, und die man auch ohne Exhibition sonst nicht haben würde. Es lassen sich hier zwey Fälle gedenken.

a) Wenn unsere Sache mit der Sache des Gegners dergestalt verbunden worden ist, daß sie einen Theil derselben ausmacht. Hier hört die Sache, so lange sie mit der fremden Hauptsache cohärirt, auf, unser Eigenthum zu seyn[52]). Man kann sie wenigstens nicht vindiciren, so lange sie von der Hauptsache nicht getrennt ist. Die *actio ad exhibendum* dient also hier dazu, die Trennung einer zu vindicirenden Sache zu bewirken. Nur in dem Falle wird diese Klage nicht gestattet, da Jemand unsere Baumaterialien zu seinen mit dem Boden zusammenhängenden Gebäuden gebraucht hat, und sich deshalb in gutem Glauben befindet. **Paulus** sagt *L. 6. D. h. t.* Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro vindicari non potest: sed, *ut excludatur*, ad exhibendum agi potest. Aliter atque *in tigno iuncto aedibus*: de quo *nec ad exhibendum agi potest*, quia Lex duodecim tabularum solvi vetaret:

51) *L. 53. §. 7. D. h. t.*

52) S. *Gerh.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum* pag. 246.

vetaret: *sed actione de tigno iuncto ex eadem Lege in duplum agitur.* Ist hingegen der Erbauer in mala fide, so hat sowohl die Reivindication, als die actio ad exhibendum gegen ihn Statt; zwar nicht dahin, daß er, als wahrer Besitzer, zur Herausgabe des Materials verurtheilt werden könnte: *ne urbs ruinis deformetur*; sondern er haftet mit jenen Klagen gleichsam als ein solcher, welcher sich arglistig des Besitzes entäußert hat, um sich der Vindication zu entziehen, für das volle, durch den Eid des Klägers zu würdernde Interesse. Hierauf bezieht sich, was Ulpian sagt *L.* 1. *et* 2. *D. de tigno iuncto.*

L. 1. Lex XII. Tabularum *neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum, neque vindicare:* quod providenter Lex effecit: ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur, vel vinearum cultura turbetur; sed in eum, qui convictus est iunxisse, in duplum dat actionem.

§. 1. *Tigni* autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria. Unde quidam aiunt, tegulam quoque, et lapidem, et testam, caeteraque, si quae aedificiis sunt utilia: *tigna* enim a tegendo dicta sunt; hoc amplius et calcem et arenam *tignorum* appellatione contineri. Sed et in vineis *tigni* appellatione omnia vineis necessaria continentur, utputa perticae, pedamenta.

§. 2. Sed et *ad exhibendum danda est actio.* Nec enim parci oportet ei, *qui sciens alienam rem aedificio inclusit, vinxitve:* non enim sic eum convenimus, quasi possidentem, sed ita, *quasi dolo malo fecerit, quominus possideat.*

L. 2.

L. 2. cit. Sed si proponas tigni furtivi nomine aedibus iuncti actum: deliberari poterit, *an extrinsecus sit rei vindicatio*[53])? Et *esse non dubito.*

b) Wenn mir von einer gewissen Gattung von Sachen, von welcher mehrere Individuen in der Erbschaft befindlich sind, eine, welche ich mir wählen werde, vermacht worden ist. Hier ist die Exhibition nöthig, um wählen zu können. Denn ich kann nicht eher auf Auslieferung des Vermächtnisses klagen, als wenn ich gewählt habe. Ulpian sagt von diesem Falle *L. 3. §. 6. D. h. t.*

Item, si optare velim servum, vel quam aliam rem, *cuius optio mihi relicta est*, ad exhibendum me agere posse constat, ut *exhibitis*[54]) possim vindicare.

Sollte

53) Das *extrinsecus* heißt hier soviel als *praeter et ultra actionem de tigno iuncto.* Ohne allen Grund ist daher die Emendation des Wesenbecs, welcher in seinem Commentar. ad §. 29. I. de rer. divis. für extrinsecus, *extincta* gelesen wissen will, wodurch offenbar ein ganz unrichtiger Sinn in den Text gebracht wird. S. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. III. Lib. XLVII. Tit. 3. Nr. I. et not. b. pag. 414. *Bern. Io. van* HARSCAMP Disputat. de tigno iuncto. *Trajecti ad Rhen. 1730.* Cap. 5. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iurid Belgicar.* Vol. II. Tom. I. Nr. VIII. pag. 443. sq.) und *Greg.* MAJANSII Disputationes iuris civ. Tom. II. Disputat. XLVIII. §. 9. sqq. pag. 204. sqq.

54) Haloander hat hier *exhibitum.* Allein diese Leseart ist offenbar falsch. Denn der Erbe darf bey einer optio legata nicht vorzeigen, was er will, sondern er muß alle zu dem legirten genus gehörige, und in der Erbschaft befindliche Sachen vorzeigen. *L. 4. et 5. D. de optione legata.* Die florentinische Leseart

Sollte mir aber auch der Testirer die Wahl nicht selbst, sondern einem Dritten überlassen haben; so kann ich doch gegen den Erben ad exhibendum klagen, wie Ulpian nach Julians Meinung behauptet, wenn er sagt *L.* 3. §. 10. *D. h. t.*

Plus dicit *Iulianus*, etsi vindicationem non habeam, interim posse me agere ad exhibendum, quia mea interest exhiberi: utputa, si mihi servus legatus sit, *quem Titius optasset*: agam enim *ad exhibendum*, quia mea interest exhiberi[55]); ut Titius optet, et sic vindicem; quamvis exhibitum ego optare non possim.

II. Zuweilen kann die *actio ad exhibendum* als eine eigene Hauptklage gebraucht werden, wo durch sie keine andere Klage vorbereitet wird, sondern geradezu die Herausgabe einer gewissen Sache, oder Leistung des Interesse verlangt werden kann[56]). Dies geschieht in folgenden zwey Fällen.

1) Wenn

Leseart kann beybehalten werden, wenn man sie nur durch Hülfe einer Gemination ergänzt; man lese nun entweder mit *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 18. pag. 117. *exhibitis iis*; oder mit *Guil.* BEST Ratio emendandi Leges. Cap. XII. §. 1. pag. 194. (edit. *Lips.* 1745. 8.) *ex exhibitis.*

55) Die Worte: *quia mea interest exhiberi*, welche in der Florentinischen, und allen übrigen Ausgaben der Pandecten, die ich darüber verglichen habe, stehen, und auch in unserm Erlanger Pandecten Codex befindlich sind, fehlen in der Haloandrine, wie auch in dem Gebauerschen Corp. iuris bemerkt worden ist.

56) S. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. iuxta seriem Digestor. Dec. XXX. Th. 10.

1) Wenn eine gewisse Sache des Klägers zufällig in den Besitz des Beklagten gekommen ist, welche der Inhaber nicht als Eigenthum in Anspruch nimmt. Hier kann der Eigenthümer, ohne Umwege, durch die *actio ad exhibendum* zu dem Besitz seiner Sache gelangen, wenn nämlich deren Herausgabe auch durch kein Interdict von dem Inhaber erzwungen werden konnte[57]. Z. E. durch Ueberschwemmung sind Sachen von meinem Grundstück auf eines Andern Grundstück gekommen[58].

2) Wenn es durch den dolus oder durch die Culpa meines Gegners geschehen ist, daß die Sache nicht herausgegeben werden kann, an welcher mir ein gewisses Recht zusteht. Z. B. der Beklagte hat die Sache gänzlich corrumpirt, oder sie arglistig aus seinem Besitz geschafft, oder mir sonst die Rechtsverfolgung unmöglich gemacht. Hier kann die *actio ad exhibendum*, in Ermangelung anderer Rechtsmittel, gebraucht, und auf Leistung des durch den Eid des Klägers auszumittelnden vollen Interesse gerichtet werden[59].

Aus dem allen ergiebt sich nun folgender allgemeiner Begriff von der *actio ad exhibendum*. Sie ist diejenige persönliche Klage, welche auf Exhibition einer gewissen beweglichen Sache wider jeden Besitzer derselben, oder wer sonst im rechtlichen Sinn dafür gilt, von demjenigen angestellet wird, dem wegen eines dinglichen oder persönli-

chen

57) THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 578. S. 22.

58) *L. 5. §. 3. 4. et 5. D. h. t. L. 9. §. 1. D. eodem.*

59) *L. 5. §. 2. L. 9. pr. §. 1. et 3. L. 14. D. h. t. §. 2. I. Quib. alien. licet. L. 11. §. 2. in fin. D. de reb. credit. L. 5. Cod. h. t.*

chen Rechts daran gelegen ist, daß ihm die Sache vorgezeigt, oder sogleich mit allem, was dazu gehört, herausgegeben, oder, sofern solches durch des Beklagten Schuld nicht geschiehet, oder nicht mehr geschehen kann, das Interesse geleistet werde.

Daß die actio ad exhibendum eine Personalklage sey, sagt Ulpian[60]) ausdrücklich. Gleichwohl behauptet Donellus[61]) gerade das Gegentheil, und hält die Klage für eine dingliche. Allein dieses Paradoxum hat schon Wissenbach[62]) hinlänglich widerlegt. Zwar hat die Klage gegen jeden dritten Besitzer Statt; allein dies hat sie mit mehreren persönlichen Klagen gemein, welche deswegen actiones in rem scriptae genennt werden. Darum entspringt sie so wenig, als die actio quod metus causa, oder die actio de pauperie, aus einem dinglichen Rechte. Wie sollte auch diese Klage eine Realklage seyn können, welche nicht einmal nothwendig erfordert, daß man ein dingliches Recht an der Sache habe, deren Exhibition man verlangt[63]), sondern auch schon wegen eines persönlichen Rechts begründet ist[64])? Daß die actio ad exhibendum aus keiner obligatio entstehen soll, ist ganz falsch. Freylich entspringt sie aus keinem Delict, noch Quasidelict. Denn es bedarf kaum einer Widerlegung, wenn Busius

60) *L. 3. §. 3. D. h. t.* Add. *§. 31. I. de actionib.*

61) Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9.

62) Commentation. cathedrar. in Libr. VII. priores Cod. ad L. 1. C. ad exhib. pag. 207.

63) *L. 3. §. 1. D. h. t.*

64) *L. 3. §. 7. D. eod. L. 12. §. 2. D. eod.*

sius[65]) ein factum suppressionis rei, quae exhiberi postulatur, als das Fundament derselben angiebt. Eben so wenig läßt sich diese Klage mit Noodt[66]) und Meier[67]) aus einem Quasi-Contract herleiten. Denn eine obligatio, welche weder aus einem Delict noch Contract entspringt, ist darum noch nicht zu denen zu rechnen, welche quasi ex contractu entstehen, zumal da hier der Besitzer sich durch kein Factum zur Exhibition verbindlich gemacht hat. Richtiger setzen Struv[68]), Huber[69]) und Westenberg[70]) den Grund der Klage in einer unmittelbaren, aus einer gesetzlich anerkannten Billigkeit entspringenden obligatio. Daher die *aequitas* und *necessitas exhibitionis*, von welcher die Gesetze hin und wieder sprechen[71]). Also eine obligatio, welche das Fundament der Personalklage ausmacht, ist allerdings vorhanden. Wie konnte denn nun aber Doneau dem großen Ulpian so geradezu ins Gesicht widersprechen, welcher so bestimmt sagt: *Est autem personalis haec actio*[72]) ? Sonderbar genug klingt seine Antwort: *actio personalis* heiße hier eine subjectiv-persönliche Klage, *quae personae cohaeret*, in dem Sinn, wie man sagt, servitus personalis, privilegium personale. Denn die Klage gehe nicht auf die Erben.

Qua

65) Comm. ad L. 3. D. h. t.

66) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 244.

67) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 3.

68) Syntagm. iuris civ. Exercit. XV. Th. 30.

69) Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 1.

70) Dissertat. VII. de caussis obligation. Cap. III. §. 14. et 15.

71) *L. 3. §. 14. D. L. 7. C. h. t.*

72) *L. 3. §. 3. D. h. t.*

Qua responsione, sagt **Wissenbach**, *nihil est ineptius!* und dabey mag es denn auch, statt einer weitern Widerlegung, sein Bewenden haben [73]). Man muß sich daher wirklich wundern, wie **Bachow** [74]) und **Gudelinus** [75]) dem **Doneau** haben beypflichten mögen?

Ob die actio ad exhibendum eine prätorische, oder Civilklage sey, ist ebenfalls streitig. **Hellfeld** hält sie für eine prätorische Klage. Eben so **Hofacker** [76]). Allein **Lauterbach** [77]), **Westenberg** [78]), und die meisten Rechtsgelehrten halten sie für eine Civilklage, weil sie vorzüglich, wie **Ulpian** [79]) sagt, propter vindicationes eingeführt worden ist. **Anton Faber** [80]) hingegen unterscheidet, ob sie wegen einer Civilklage, z. E. wegen der Reivindication, actio furti, u. d. oder ob sie wegen einer prätorischen Klage, z. B. wegen der actio hypothecaria angestellt wird. In jenem Falle sey die actio ad exhibendum eine Civilklage, in diesem aber eine prätorische. Gerade so wie die Noxalklagen nach Verschiedenheit der Hauptklagen, von denen sie eine adjectitia qualitas ausmachen, bald

73) Man sehe noch COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. I. und EMMINGHAUS ad Eundem. not. n.

74) Tractat. de actionibus. Diss. II. Th. 24.

75) Commentarior. de iure novissimo Lib. III. cap. 13. §. *De actione ad exhibendum.* pag. 158.

76) Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4006.

77) Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 2.

78) De caussis obligation. Dissertat. VII. Cap. 3. §. 2.

79) *L. 1. D. h. t.*

80) De Errorib. Pragmaticor. Decad. XCII. Err. 5.

bald civiles, bald praetoriae sind[81]). Diese Meinung ist auch wohl die sicherste.

Noch ist zu bemerken, daß die Exhibition zuweilen im Prozeß nur einen Incidentpunct ausmacht, ohne daß die Klage ad exhibendum dazu erforderlich ist. Der Fall kann bey der Beweisantretung vorkommen, wenn dem Producenten daran gelegen ist, daß der streitige Gegenstand den Zeugen vorgewiesen werde. Hier kann in dem Präsentationsschreiben, mit welchem der Producent die Beweisartikel übergiebt, die Exhibition verlangt werden[82]).

§. 742.

Wem steht die actio ad exhibendum zu?

Auf Exhibition kann nun also ein jeder klagen, dem wegen eines dinglichen oder persönlichen Rechts daran gelegen ist, daß ihm eine gewisse Sache vorgezeigt, oder herausgegeben werde. Nicht jedes Interesse des Klägers ist also zur Begründung dieser Klage hinreichend, sondern man merke Folgendes.

I. Nur der hat ein gegründetes Recht auf Exhibition zu klagen, der eine wahrscheinliche und gerechte Ursache zur Anstellung einer Klage hat, welche ihm entweder in Ansehung der vorzuzeigenden Sache schon wirklich zusteht, oder die er durch die Exhibition zu erhalten hoffen kann. Wem also in Ansehung der Sache, deren Exhibition er verlangt, gar keine Klage zusteht, der kann nicht ad exhibendum

dum

81) *§. 4. I. de noxalib. actionib.*

82) S. *Io. Tob.* CARRACH Adnotation. ad *Boehmerum* de actionib. pag. 111. Nr. IV.

dum klagen, wenn ihm auch noch so sehr daran gelegen wäre, daß ihm die Sache herausgegeben würde[83]). Z. B. der Dieb oder Räuber, wenn er den Besitz der gestohlnen oder geraubten Sache verlohren hat; nicht minder derjenige, welcher selbst ad exhibendum war belangt worden, wenn er während des Prozesses durch seine Schuld die Sache zu besitzen aufgehört hat; desgleichen derjenige, welcher von seinem Gegner die Vorlegung seiner Privatrechnungen verlangt, um eine Klage damit zu begründen; oder auch ein Studirender, wenn ihm daran gelegen wäre, ein gewisses Buch zu lesen, was ein Anderer besitzt, um seine wissenschaftlichen Kenntnisse dadurch zu bereichern. In allen diesen Fällen findet die actio ad exhibendum nicht Statt, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 3. §. 11. *D. h. t.* Si mecum fuerit actum ad exhibendum, ego ob hoc, quod conventus sum ad exhibendum actione, *agere ad exhibendum non possum: quamvis videatur interesse mea ob hoc, quod teneor ad restituendum.* Sed hoc non sufficit, alioquin et qui dolo fecit, quominus possideret, poterit ad exhibendum agere, *cum neque vindicaturus, neque interdicturus sit:* et fur vel raptor poterit: quod nequaquam verum est. Eleganter igitur definit *Neratius*, iudicem ad exhibendum hactenus cognoscere, *an iustam et probabilem causam habeat actionis*[84]); *propter quam exhiberi sibi desideret.*

L. 19.

83) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 246. §. *Apparet igitur.*

84) Das Wort *actionis* fehlt bey Haloander; allein mit der Florentine stimmen fast alle Ausgaben überein. Nur Baudoza liefet: *habeat actor actionis.*

L. 19. D. eodem. Ad exhibendum possunt agere omnes, quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset? Respondit, non oportere ius civile calumniari, neque verba captari, sed, qua mente quid diceretur, animadvertere convenire. Nam illa ratione etiam studiosum alicuius doctrinae posse dicere, sua interesse, illos aut illos libros sibi exhiberi: quia, si essent exhibiti, cum eos legisset, doctior et melior futurus esset.

Zwar nehmen die Gesetze [85]) einen Fall aus, wo derjenige, welcher weder gegenwärtig wegen der Sache, deren Exhibition er verlangt, eine Hauptklage hat, noch dergleichen aus der Exhibition erwarten darf, dennoch auf Exhibition mit Wirkung klagen kann. Nämlich wenn Jemand mit meinem Willen meine Rechnungen auf fremdes Papier geschrieben hat. Hier kann ich eigentlich nach dem strengen Recht weder vindiciren, noch ad exhibendum klagen. Allein die Billigkeit erfordert dennoch in diesem Falle, daß mir eine Klage gestattet werde. Julian nennt sie jedoch nicht actio ad exhibendum, sondern *actio in factum*, Ulpian stimmt ihm bey. Allein Noodt [86]) und Doneau [87]) behaupten, diese Klage sey keine andere, als eine *actio ad exhibendum utilis*. Anton Faber [88]) hingegen läugnet

85) *L. 3. §. 14. D. h. t.*

86) Commentar. ad Dig. h. t. §. *Est autem casus*. pag. 246.

87) Commentar. Iuris civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1178.

88) De erroribus Pragmaticor. Decad. XCII. Err. 5. Man sehe auch *Iust.* MEIERI Colleg. argentorat. Tom. I. h. t. §. 11. pag. 674.

läugnet schlechterdings, daß es eine actio ad exhibendum utilis gebe, und er hat den Ausspruch des Paulus für sich, welcher *L. 16. in fin. D. h. t.* ausdrücklich sagt: *Ad exhibendum autem utilis nulla constituenda est.*

Zuweilen kann eine Sache für uns an sich keinen Nutzen mehr haben, und doch kann uns an deren Auslieferung gelegen seyn, weil wir sie einem Andern, von dem wir sie erhalten haben, zurückgeben müssen. Hier kann man ad exhibendum klagen, weil man doch an der Sache selbst einen gegründeten Anspruch hat. Ulpian hat hiervon *L. 18. D. h. t.* folgenden Fall.

Solutione chirographo inani facto, et pignoribus liberatis, nihilominus creditor, ut instrumenta ad eum contractum pertinentia ab alio, quam debitore, exhibeantur, agere potest.

Die Schuld war also bezahlt, und die Frage war, ob wegen des Schuldscheins, der nun dem Gläubiger an sich nichts mehr nützte, gegen den Inhaber die actio ad exhibendum Statt habe. Ulpian gedenkt sich zwey Fälle.

1) Das Document befindet sich in den Händen des Schuldners. Hier versteht sich's, daß der Gläubiger nicht ad exhibendum klagen kann. Denn der Schuldner könnte ja selbst auf Zurückgabe des Schuldscheins mit der condictio sine causa gegen den Gläubiger klagen, wenn er das Document noch nicht zurück erhalten hätte, um so mehr kann er sich mit einer Exception gegen ihn schützen.

2) Ein Dritter hat den Schuldschein in Händen. Hier kann der Gläubiger ad exhibendum klagen. Denn ihm ist daran gelegen das Document zu haben, um es dem

Schuldner zurückgeben zu können. Dem Gläubiger steht daher wegen des Documents nicht nur rei vindicatio, sondern zuweilen auch actio furti zu [89]). Dies ist der wahre Sinn dieser Stelle, welchen Cujaz [90]) durch eine ohne alle Noth unternommene, Aenderung ganz entstellt hat. Cujaz will nämlich für creditor vielmehr *debitor*, und nachher für debitore, *creditore* lesen. Er kann nicht begreifen, wie der Gläubiger, nach getilgter Schuld, in Ansehung des ihm an sich unnütz gewordenen Documents, noch ein solches Interesse haben könne, um deshalb ad exhibendum zu klagen. Daß hingegen der Schuldner klagen könne, sey außer Zweifel, denn er könne auch das Document vindiciren. Um seine Emendation zu begründen, beruft er sich auf die Basiliken [91]), in welchen folgende Stelle vorkommt:

Ὁ χρεώστης καταβαλὼν ἅπερ ἀποφείλει, κινεῖ τὴν ἀποκαταστατικὴν ἀγωγὴν, ἀπαιτῶν καὶ τὸ χειρόγραφον αὐτῷ ἀναδοθῆναι, καὶ τὰ ἄλλα δικαιώματα τὰ ἀνήκοντα τῷ συναλλάγματι. i. e. *Debitor iis persolutis, quae debebat, restitutoriam actionem habet, si tam chirographum, quam instrumenta ad contractum pertinentia, reddi sibi postulat.*

Allein der große Cujaz hat sich hier gewaltig geirrt, wenn er diese Stelle der Basiliken, welche von einem ganz andern Falle redet, mit der *L.* 18. *D. h. t.* für ein und dieselbe hält. Er hat, welches dem großen Kritiker kaum zu verzeihen ist, vor lauter Emendationseifer gar nicht bemerkt, daß die Basiliken in dem

Titel

89) L. 27. pr. D. de furtis.

96) Observation. Lib. IX. cap. 7.

91) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Constit. 29. pag. 242. nach Fabrot.

Titel ad exhibendum neun Gesetze mehr haben, als unsere Pandecten, und daß unsere *L.* 18. auch in den Basiliken in eben der Ordnung, wie in den Pandecten, die *Constit.* 18. des Titels *ad exhibendum* ist, welche bey Fabrot Tom. II. pag. 240. folgendermaßen lautet:

Καὶ μετὰ τὸ λαβεῖν τὸ χρέος καλῶς ὁ δανειςὴς ἀπαιτεῖ τὰ τῦ χρέους ἄκυρα δικαιώματα κατεχόμενα παρ' ἑτέρου, πλὴν τῦ χρεώςου. i. e. *Et, soluto debito, recte creditor petit instrumenta debiti iam inania, possessa ab alio, quam a debitore.*

Die vom Cujaz aus den Basiliken angeführte Constit. 29. h. t. ist die *L. ult. C. h. t.* welche ganz irrig mit unserer *L.* 18. ist verwechselt worden, als welche vielmehr mit *L.* 27. *D. de pigner. act.* zu verbinden ist, denn beyde sind aus demselben Libro 6. Opinionum Ulpiani genommen. Da also selbst die Basiliken die Richtigkeit der Leseart unserer L. 18. bestärken, so haben Merillius [92]), Jensius [93]) und Pothier [94]) die Cujazische Aenderung mit Recht verworfen.

II. Der Kläger muß ein *interesse pecuniarium* haben, weshalb er die Exhibition verlangen kann; d. h. sein Interesse muß auf seine Vermögensrechte Bezug haben. Struv [95]) sagt: *Quod debeat nostra, ratione rerum seu*

N 3 *bonorum*

92) Variantium ex Cujacio Lib. III. cap. 15.

93) Strictur. ad Rom. iuris Pandect. ad L. 18. h. T. pag. 97. (edit. *Lugd. Batav.* 1764. 4.)

94) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. III. Not. b. pag. 322.

95) Syntagm. iuris civ. Exercit. XV. Th. 32. Man sehe auch BECKOLT Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. 3. et *Io. Henn.* BOEHMERI Doctr. de actionib. Sect. II. cap. II. §. 3.

bonorum ad nos pertinentium, interesse, sive in rem acturi simus, sive in personam. Noch genauer bestimmt dieses Justus Meier[96]), wenn er sagt: *Interest* PECUNIARITER, *cum res actoris est, aut ius habet in ea, aut ipsi debetur, aut eius nomine habet actionem.* Ein anderes Interesse ist zur Begründung der Klage nicht hinreichend. Daher hat die actio ad exhibendum nicht Statt, wenn ein freyer Mensch widerrechtlich von Jemand detinirt wird; sondern ich kann blos durch das Interdictum de libero homine exhibendo darauf klagen, daß dem Beklagten anbefohlen werde, ihn loszulassen, und auf freyen Fuß zu stellen. Ein interesse pecuniarium läßt sich hier nicht denken. Cajus bemerkt dies ausdrücklich, wenn er *L.* 13. *D. h. t.* sagt:

Si liber homo detineri ab aliquo dicatur, *Interdictum* adversus eum, qui detinere dicitur, *de exhibendo eo* potest quis habere. Nam *ad exhibendum actio* in eam rem inutilis videtur, quia haec actio ei creditur competere, *cuius pecuniariter interest*[97]).

Diesem ist nicht entgegen, wenn Paulus sagt *L.* 12. *pr. D. eodem.* De eo exhibendo, quem quis in libertatem vindicare velit, huic actioni locus esse potest. Denn hier ist von einer assertio libertatis die Rede, welche eine Art von Vindication ist, und allerdings ein interesse pecuniarium zum Grunde haben kann. Man setze, daß

96) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 4. pag. 669.

97) Man erinnere sich, was bey dieser Stelle schon oben §. 741. S. 177. f. bemerkt worden ist. Der Ausdruck *pecuniariter* kommt auch *L. ult. D. de delict. privatis* vor.

daß ein Vater seinen Sohn, oder ein Patron seinen Freygelassenen in libertatem vindicirt. Hier ist der Vater wegen der Acquisition durch seinen Sohn, und wegen des Nießbrauchs, der ihm an dem Vermögen seines Sohnes zusteht; der Patron aber wegen der Dienste seines Freygelassenen, und des ihm zustehenden Erbrechts interessirt. Dies alles fällt in jenem Falle weg, wo das Interdictum *de libero homine exhibendo* anzustellen ist. Denn dies setzt voraus, daß der Zustand der Freyheit des Unterdrückten außer allem Streit sey[98].

III. Daß Interesse des Klägers muß auf die Art, wie ausgeführet worden, nicht nur zur Zeit der angestellten Klage, sondern auch noch zur Zeit der Condemnation begründet seyn. *L.* 7. *§. ult. D. h. t.* sagt: Ibidem non male *Pomponius* iungit, eius, qui *ad exhibendum* egit, *utroque tempore interfuisse oportere*, rem ei restitui: hoc est,, *et quo lis contestatur*, et *quo fit condemnatio.* Den erstern Zeitpunct erfordert iustum initium actionis. Der letztere aber ist darum zu berücksichtigen, weil die Condemnation des Beklagten auf das Interesse geht, wenn die Exhibition nicht erfolgt[99]. Diese kann nun nicht weiter Statt finden, wenn das vorige Interesse des Klägers aufgehört hat. Doneau[100]) erklärt dies auf folgende Art. Sit, sagt er, exempli gratia, qui acturus in rem,

 tan-

98) *L.* 3. *§.* 7. *D. de homine lib. exhib.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. VII. *Iul.* PACIUS Εναντιοφανῶν, Centur. IX. Qu. 49. und DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1178.

99) *L.* 9. *in fin. D. h. t.*

100) Comm. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. pag. 1178.

tanquam dominus, ideo agat ad exhibendum. Si, quo tempore agit, dominus non est, non iure agit; quia iam ab initio nihil eius interest, rem exhiberi, ad exsequendam eam actionem, quam non habet, nec re exhibita speret habere. Si dominus est, recte quidem agit, sed si inter moras exhibitionis rem alienaverit, aeque possessor absolvendus est; quia actoris interesse desiit, sublata ea actione, propter quam actionem ad exhibendum instituit.

IV. Der Kläger muß sein Interesse beweisen. Hierüber cognoscirt der Richter summarisch, mit Verwerfung aller weit aussehenden Einreden des Beklagten, als welche in die Hauptklage gehören. Nur solche Einreden finden in der Regel hier Gehör, welche sofort liquid, und so evident sind, daß sie die Intention des Klägers sofort vernichten; z. B. die Zeugen sind schlechterdings untüchtig[1]). Sind hingegen die Einreden von der Art, daß sie eine weitläuftige Erörterung erfordern, so wird der Beklagte, derselben ungeachtet, zur Exhibition verurtheilt, und mit seinen Exceptionen in die Hauptklage verwiesen. Die hierher gehörigen Gesetzstellen sind *L.* 3. §. 9. *et* §. 13. *D. h. t.* wo Ulpian sagt:

Sciendum est autem, non solum eis, quos diximus, competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cuius interest, exhiberi. *Iudex igitur summatim debebit cognoscere, an eius intersit; non an eius res sit:* et sic iubere vel exhiberi; vel non, quia nihil interest.

Ibidem subiungit, iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare, quas possessor

1) S. DONELLI Commentar. iuris civ. c. l. pag. 1179.

possessor objicit: *et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolvi*; si obscurior, vel quae habeat altiorem quaestionem, differendam in directum iudicium, re exhiberi iussa.

Es werden jedoch einige Exceptionen ausgenommen, welche der Richter nicht verwerfen darf, wenn sie auch gleich noch auf weiterer Erörterung beruhen sollten. Das sind nämlich solche, welche aus einer Handlung des Klägers entspringen, wodurch er sich selbst den Weg zur künftigen Klage versperrt hat ²). Ulpian nennt folgende:

De quibusdam tamen *exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare*, qui de*) ad exhibendum actione iudicat: veluti *pacti conventi*, *doli mali*, *iurisiurandi*, *rei quae iudicata est.*

Die *exceptio pacti* besteht darin, wenn der Kläger mit dem Besitzer die Uebereinkunft getroffen hat, daß er sich der Klage, welche er jetzt intendirt, nicht bedienen wolle.

Exceptio iurisiurandi, wenn der Besitzer bereits vorher, auf geschehenen Eidesantrag des Klägers, geschworen hat, die Sache gehöre ihm, oder sie gehöre wenigstens dem Kläger nicht.

Exceptio rei iudicatae, wenn der Kläger schon vorhin dieser Sache wegen, weshalb er die Exhibition verlangt, Prozeß geführt hat, und das Urtheil wider ihn ausgefallen ist.

Exceptio

2) S. DONELLUS c. l. pag. 1179.

*) So lieset unser Erlanger Pandecten Codex. Eben so Bandoza und Hugo a Porta. Haloander hat *in*. Die Florentine keins von beyden.

Exceptio doli, wenn der Kläger den Beklagten wegen der Sache betrogen hat, die er von ihm als die seinige zurückfordern will. Z. B. der Besitzer hatte die Sache dem Kläger verkauft; allein er war durch diesen auf eine hinterlistige Art zum Verkauf verleitet worden. Sollte nachher die Sache zufällig wieder an den Verkäufer zurückgekommen seyn, so kann er sich, wenn der Käufer sie als Eigenthümer vindiciren will, und deshalb vorläufig ad exhibendum klagt, mit der Einrede des Betrugs schützen.

Böhmer[3]) erfordert zwar auch bey diesen Einreden Liquidität. Justus Meier[4]) hingegen glaubt, diese Einreden wären darum ausgenommen, weil sie keine weitläufige Erörterung bedürfen. Allein die *L.* 3. §. 13. *h. t.* sagt ganz deutlich: De his exceptionibus *omnimodo* iudicem debere disceptare. Das Wort *omnimodo*, so wie das in den Basiliken[5]) vorkommende πάντως, begreift aber unstreitig beyde Fälle unter sich, die Erörterung dieser Einreden mag mit Schwierigkeiten und Weitläuftigkeiten verbunden seyn, oder nicht. Den wahren Grund dieser Ausnahme giebt Doneau[6]) richtiger auf folgende Art an:

„Has exceptiones quatuor excepit potissimum *Ulpianus* ex omnium numero, optima ratione, quia nascuntur ex facto actoris, sibi ipsi futuri iudicii caussas eo facto praecidentis: ut qui pactus sit ea de re; qui

3) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. II. §. 6.

4) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 9. pag. 673.

5) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Const. 3. §. 11. p. 233.

6) Comm. iur. civ. cit. loc. pag. 1179.

qui controversiam iureiurando, aut iudicio sustulerit; qui dolo suo inutilem venditionem sibi constituerit. Haec facta auctori suo perpetuo nocere aequum est."

V. Der Kläger muß alle Merkmale der Sache, wodurch sie sich von andern unterscheidet, in seinem Klagschreiben genau angeben, damit der Beklagte darnach beurtheilen könne, ob er die Sache besitzt. Ulpian giebt dieses Erforderniß ausdrücklich an, wenn er *L. 3. pr. D. h. t.* sagt:

In hac actione actor omnia nosse debet, et dicere *argumenta rei*, de qua agitur.

Cornelius van Bynkershök[7]) glaubt zwar, der Kläger müsse durch die actio ad exhibendum erst die Merkmale der Sache kennen lernen, um sie bey der künftigen Vindication desto genauer zu bezeichnen, und will daher statt *dicere* vielmehr *discere* lesen. Pothier[8]), Heineccius[9]), Wächtler[10]) und Joh. Wilhelm Hoffmann[11]) stimmen ihm auch hierin bey. Allein Gerhard Noodt[12]), Johann Jensius[13]) und Joh. Heinrich von Berger[14]) haben diese Emendation mit Recht verworfen.

7) Praefat. ad IV. Libros prior. Observation. iuris Rom. §. *Sed quia.*

8) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XX. not. g. pag. 324.

9) Opuscul. postum. ad Edictum perpet. Tit. 57. not. b. pag. 543.

10) Opusc. iurid. a *Trotzio* edit. pag. 464.

11) Meletemat. ad Lib. X. Pand. in Thes. iuris controv. Nr. VIII.

12) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 244.

13) Strictur. ad Rom. iuris Pand. Lib. X. h. t. pag. 93. (*Lugd. Batav. 1764.* 4. maj.)

14) Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 13. Th. 1. Not. 4.

worfen. Immerhin mögen einige Handschriften *discere* lesen, wie bey Haloander, Baudoza, und in der Ausgabe apud Sennetonios *Lugduni* 1549. am Rande angemerkt worden ist; so ist doch diese Leseart offenbar falsch. Denn erstens steht das *discere* mit den vorhergehenden Worten *omnia nosse debet*, in einem evidenten Widerspruche. Muß der Kläger alle Merkmale der Sache kennen, deren Exhibition er verlangt, so darf er sie ja nicht erst durch die actio ad exhibendum kennen lernen [15]. Sodann widerstreitet die Auctorität der florentinischen Pandecten. Nicht minder sind die Basiliken [16]) der Bynkershöckischen Conjectur entgegen, als welche vielmehr die gemeine Leseart bestärken. In denselben lautet nämlich unsere Stelle so:

Ο ἐνάγων ὀφείλει τὰ γνωρίσματα λέγειν τοῦ πράγματος. i. e. *Qui ad exhibendum agit, argumenta et indicia rei dicere debet.*

Aus allen erhellet also soviel, daß *dicere* hier nichts anders heißt, als *edere*, *angeben*; und *argumenta rei* bedeuten die Kennzeichen und Eigenschaften einer Sache, wodurch sie sich von andern Sachen unterscheidet [17]).

Es

15) Wächtler bemerkt zwar, daß in der edit. Pand. *Chevalloniana* statt nosse stehe *noscere*. Allein das kann hier nicht in Betrachtung kommen.

16) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Const. 3. pag. 231.

17) In dieser Bedeutung kommt das Wort *argumentum* auch *L. 34. §. 2. D. de auro et arg. leg.* vor. S. *Io. Guil.* MARCKARTI Interpretation. receptar. iuris civ. Lection. Lib. I. cap. 8.

Es kann demnach nur als Ausnahme von der Regel gelten, wenn es bey Noxalklagen dem Kläger, welcher den Sklaven, der ihm den Schaden zugefügt hatte, nicht mit Namen anzugeben wußte, verstattet war, auf Darstellung der ganzen Sklaven-Familie des Beklagten zu klagen, um den Sklaven näher kennen zu lernen, und auszusuchen, welcher den Schaden angerichtet hatte. Doch konnte auch hier der Kläger eine solche Exhibition anders nicht verlangen, als wenn er wenigstens durch Anzeigen wahrscheinlich machen konnte, daß er von einem der Sklaven des Beklagten beleidiget worden sey[18]), wie aus folgender Stelle des Ulpians erhellet.

L. 3. §. 7. *D. h. t.* Si quis noxali iudicio experiri velit, ad exhibendum ei actio est necessaria. Quid enim, si dominus quidem paratus sit defendere, actor vero destinare non possit, nisi ex praesentibus; quia aut servum non recognoscit, aut nomen non tenet. Nonne aequum est, ei familiam *exhibere*[19]), ut noxium servum adgnoscat? *Quod ex causa*[20]) *debet fieri, ad designandum eum, cuius nomine noxali quis agit, recensitione*[21]) *servorum facta*[22]).

Die

18) S. IENSIUS in Strictur. cit. pag. 96.

19) Statt *exhibere* lieset unser Erlanger Pandecten-Codex besser *exhiberi.*

20) Die Worte: *ex causa* erklärt NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 244. §. *Hoc non omittam* durch causa cognita.

21) Haloander hat *recensione.* Eben so unser Erlanger Pandecten-Codex.

22) Man verbinde damit *L.* 3. §. 2. *D. de Publicanis.*

Die Unbekanntschaft des Klägers mit dem Gegenstande, dessen Exhibition er verlangte, verdiente in diesem Falle um so mehr Nachsicht, weil es hier auf ein Delict ankam, welches nicht unbestraft bleiben konnte. Es wäre wenigstens höchst ungerecht gewesen, wenn diese Unbekanntschaft dem Sklaven zur Impunität dienen, und den Beschädigten um sein Recht, Schadensersatz zu fordern, hätte bringen sollen[23]).

Aus dem vorigen ergiebt sich endlich,

VI. daß die actio ad exhibendum nur eigentlich bey beweglichen Sachen Statt habe, insofern es nämlich auf eine Vorzeigung ankommt, um sein Recht an der Sache verfolgen zu können[24]). Eine solche Vorzeigung läßt sich nun aber bey unkörperlichen Sachen nicht denken, unbewegliche Sachen hingegen brauchen nicht erst von einem Andern vorgezeigt zu werden, man kann sie ja schon von selbst in Augenschein nehmen[25]). Viele[26]) wollen jedoch den Fall ausnehmen, wenn dem Kläger die Lage oder Gränzen eines Grundstücks unbekannt seyn sollten. Hier könne der Kläger durch die actio ad exhiben-

23) S. DONELLI Comment. iur. civ. Lib. XX. cap. 9. §. *Actio quoque* pag. 1177.

24) *L. 56. D. de procurator. L. 22. D. de Verb. Significat. L. 6. D. ad exhib.*

25) *L. 2. C. Quando et quibus.*

26) ECKOLT Compend. Pandectar. Tractat. h. t. §. 5. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 13. Th. 1 Not. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 10. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 8. HOMMEL ad *Menckenii* Introduct. in doctrinam de actionib. for. not. 1251. pag. 390. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. cura GMELIN Tom. III. §. 4006. not. h. u. a. m.

exhibendum mit Recht fordern, daß ihm der Beklagte diese angebe. Z. B. es ist mir ein Grundstück vermacht worden, und ich weis nicht, wo es liegt. Man beruft sich deswegen auf die *L.* 8. *D. h. t.* wo Julian sagt:

Si *ad exhibendum* actum eſt cum eo, qui neque poſſidebat, neque dolo malo fecerat, quominus poſſideret, deinde eo defuncto heres eius poſſidet rem, exhibere cogendus erit. Nam ſi fundum vel hominem petiero, et heres ex eadem cauſa poſſidere coeperit, reſtituere cogitur.

Allein Julian sagt hier mit keinem Worte, daß die actio ad exhibendum bey unbeweglichen Sachen Statt habe; sondern er will nur soviel sagen, der Erbe desjenigen, welcher ad exhibendum war belangt worden, könne, ohne gegen ihn eine neue Klage anstellen zu dürfen, zur Exhibition genöthiget werden, wenn er die Sache besitzt, die sein Erblasser weder besaß, noch arglistig zu besitzen aufgehört hatte, und die Klage sey also in diesem Falle nicht vergeblich angestellt. Denn auch bey der Reivindication, welche durch die actio ad exhibendum gewöhnlich vorbereitet wird, sey es eben so, wenn nämlich der Erbe den Besitz der Sache verlangt haben sollte, welchen der Erblasser noch nicht hatte, gegen welchen gleichwohl die Reivindication aus Irrthum war angestellet worden. Das Beyspiel, welches hier Julian vom fundus anführt, geht blos auf die Reivindication, bey welcher es angeführt wird, aber nicht auf die actio ad exhibendum. Es findet sich demnach auch nicht eine einzige Gesetzstelle, welche jene Meinung begründet. Vielmehr ist es sehr merkwürdig, daß überall, wo der actio ad exhibendum Erwähnung geschiehet,

geschiehet, auch von beweglichen Sachen die Rede ist. Ich will hier, außer den schon oben vorgekommenen Stellen, hier nur einer einzigen noch gedenken, die mir besonders merkwürdig zu seyn scheint. Licinius Rufinus sagt nämlich *L. 38. in fin. D. de iudiciis.*

Si per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet, ubi res est. Et, si *mobilis sit res*, ad exhibendum agi cum herede poterit, ut exhibeat rem: sic enim vindicari a legatario poterit.

Die hier mit besonderem Bedacht beygefügte Bestimmung: *si mobilis sit res*, wäre, wie Justus Meier [27]) sehr richtig bemerkt, ganz überflüßig, wenn sie nicht der actio ad exhibendum eigen wäre. Ich läugne nicht, daß bey unbeweglichen Sachen, die man fodern kann, zuweilen die Lage oder Gränzen unbekannt seyn können, allein deswegen bedarf es doch dieser Klage nicht. Denn, man setze, daß mir ein solches Grundstück vermacht worden sey, so geht schon hierauf die Klage mit, die mir wegen des Vermächtnisses zusteht. Magis est, sagt Huber [28]), ut hoc in ipsa legati actione contineatur; scilicet, ut heres condemnetur ad fundum legatum, ubicunque sit, praestandum; actionem ad exhibendum ea gratia dari, ab iuris usu alienum videtur. Hierin stimmen auch Voet [29]), Böckelmann [30]) und Schulting [31]) überein.

Kommt

27) Colleg. Argentorat. Tom. I. h. t. §. 6. pag. 671.

28) Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 6. in Respons. ad Schol. pag. 417. (edit. *Franequer. 1689.* 4.)

29) Commentar. ad Pand. h. t. §. 1.

30) Commentar. in Dig. h. t. §. 7.

31) Thes. controversar. Decad. XXX. Th. 9.

Kommt es nicht gerade auf Vorzeigung einer Sache an, sondern die Klage ad exhibendum wird auf Herausgabe oder auf Ersatz einer schuldigen Sache gerichtet, so kann jede Sache, auch eine unkörperliche, der Gegenstand dieser Klage seyn. Einen dahin gehörigen merkwürdigen Fall erzählt **Ulpian** aus dem **Marcellus** *L. 9. §. 4. D. h. t.*

Marcellus scribit, si tibi decem numismata sint sub conditione legata, et mihi decem ususfructus pure, deinde heres pendente conditione, *non exacta cautione*, decem fructuario solverit, *ad exhibendum eum actione teneri: quasi dolo fecerit, quominus possideret.* Dolus autem in eo est, *quod cautionem exigere supersedit a fructuario*: effectumque, ut legatum tuum evanesceret, cum iam nummos vindicare non possis. *Ita demum autem locum habebit ad exhibendum actio, si conditio extiterit legati.* Potuisti tamen tibi prospicere stipulatione legatorum: et si prospexisti, non erit tibi necessaria ad exhibendum actio. Si tamen ignarus legati tui, a fructuario satis non exegit, dicit *Marcellus*, cessare *ad exhibendum*: scilicet quia nullus dolus est. Succurrendum tamen legatario *in factum adversus fructuarium actione*, ait.

Marcellus entscheidet hier folgenden Fall. A. hat dem B. eine Summe Geld vermacht, aber unter einer gewissen Bedingung, mir aber den Nießbrauch von dieser Summe, und zwar unbedingt. Daß ein solches Legat, vermöge des schon an einem andern Orte (Lib. VII. Tit. 4.) erklärten Senatusconsultum vom Quasi-Ususfructus gilt, hat keinen Zweifel. Allein zu bemerken ist, daß B. in die-

 sem

sem Falle an dem Nießbrauche Antheil nimmt, sobald die Bedingung existirt. Julian sagt dieses ausdrücklich *L. 6. D. de usufr. ear. rerum, quae usu consum.* wo es heißt: Si tibi decem legata fuerint, mihi eorundem decem (millium) ususfructus: fient quidem tua tota decem millia, sed mihi quinque numerari debebunt; *ita ut tibi caveam, tempore mortis meae aut capitis deminutionis restituiri.* Nam et si fundus tibi legatus fuisset, et mihi eiusdem fundi ususfructus: haberes tu quidem totius fundi proprietatem, sed partem cum usufructu, partem sine usufructu; et non heredi, sed tibi caverem boni viri arbitratu. Also der Nießbrauch der vermachten Summe wird unter uns getheilt. So lange indessen die Bedingung noch schwebt, habe ich den Genuß allein. Nun setze man, der Erbe habe mir pendente conditione die ganze Summe ausgezahlt, aber keine Caution gefordert, daß ich die Hälfte davon dem B. restituiren solle, wenn die Bedingung des Legats existiren wird. Hierauf tritt die Bedingung wirklich ein. Das Geld ist aber nicht mehr da. Wie hilft sich hier der Legatar, um seine Hälfte zu bekommen? Marcellus unterscheidet, ob dem Erben das Legat bekannt war, und derselbe dennoch die Caution sich von dem Usufructuar bestellen zu lassen unterließ, oder ob ihm solches unbekannt war. Im ersten Fall kann B. gegen den Erben ad exhibendum klagen, denn der Erbe ist hier als ein solcher anzusehen, qui dolo possidere desiit. Sein dolus besteht darin, daß er keine Caution gefordert hat. Hätte sich jedoch der Legatar von dem Erben die gewöhnliche Caution wegen seines bedingten Vermächtnisses bestellen lassen, (S. Tit. Pand. *ut legatorum s. fideicommissor. servandorum causa caveatur.* XXXVI. 3.) so kann er sich auch an diese

halten.

halten. Im letztern Falle hingegen fällt die actio ad exhibendum weg, weil hier der Erbe sich keiner Arglist schuldig gemacht hat. Der Legatar klagt also gegen mich, den Usufructuar, mit der actio in factum, daß ich ihm seinen Antheil herauszahle*).

Man pflegt heut zu Tage die actio ad exhibendum, in sofern sie blos auf Vorzeigung einer Sache geht, zugleich mit der Hauptklage, welcher dadurch der Weg gebahnt werden soll, in demselben Libell zu verbinden[32]). Diese Cumulation wird auch von unsern Practikern zur Abkürzung des Prozesses vorzüglich angerathen[33]). Zwar muß auch in diesem Falle erst über das vorbereitende Gesuch verfahren, und entschieden werden; dann aber bedarf es keines neuen Libells, um zu der Hauptklage in dem Verfahren überzugehen[34]).

*) S. *Iac.* CUJACII Recitatt. solemnes ad Lib. X. Dig. h. t. ad *L. 3. §. 14.* (*Operum* a FABROTO editor. Tom. IV. P. I. pag. 638.)

32) Ein Formular eines solchen Libells giebt CARRACH in Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionib. pag. 112.

33) VINNIUS in Commentar. ad §. 3. I. de officio iud. ad verba: *Fructuum medii temporis.* ECKOLT Compendiar. Pandect. Tractat. h. t. §. 1. MENCKEN Introd. in doctr. de actionib. for. Sect. IV. Cap. I. Membr. I. §. 10. pag. 392. u. a. m. Anderer Meinung ist jedoch *Barthol. Leonh.* SUERNDERNDÖRFER ad *Eckoltum* cit. loc. pag. 321.

34) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 284. e. S. 31. f. und GROLMANS Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. §. 167. S. 331. folg.

§. 743.

Gegen wen hat die actio ad E. Statt?

Die Klage kann gegen jeden angestellt werden, der es in seiner Gewalt hat, die Sache zu exhibiren, er sey Civil- oder blos natürlicher Besitzer. Ja wenn er auch gleich nicht einmal im juristischen Sinn Besitzer, sondern ein bloßer Inhaber oder Detentor der Sache ist. Folgende Stellen verdienen hier bemerkt zu werden.

L. 3. §. *ult. D. h. t.* Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum: non solum eum, qui *civiliter*, sed et eum, qui *naturaliter* incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. D. h. Es kommt bey der actio ad exhibendum gar nicht darauf an, ob der Beklagte die Sache unter Umständen besitzt, unter welchen er durch Usucapion das Eigenthum der Sache erwerben könnte, oder nicht. Sie geht daher zum Beyspiel (so muß hier das Wort: *denique* erklärt werden[35]) auch gegen den Gläubiger, dem die Sache, deren Vorzeigung verlangt wird, zum

35) Das Wort: *denique* ist schon mehrmals in der Bedeutung vorgekommen, da es den Uebergang von der Regel zur Anwendung oder eine Folge aus dem Vorhergehenden bezeichnen soll. Diese Bedeutung hat auch Herr von Savigny in seinem klassischen Werke vom Recht des Besitzes §. 7. S. 47. insonderheit bey der *L.* 3. §. 15. *D. h. t.* bemerkt, und sie noch aus mehreren andern Stellen erwiesen. Er hätte sich auch auf die *Basilica* berufen können, in welchen Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. pag. 233. unsere Stelle so übersetzt ist: ὅθεν καὶ ὁ λαβὼν εἰς ἐνέχυρον τὸ πρᾶγμα — ἐνάγεται. i. e. *ideoque et cum eo, qui pignori rem accepit, — agitur.*

zum Pfande gegeben worden, wenn er gleich kein Civilbesitzer ist[36]).

L. 4. *D. h. t.* Nam et cum eo, apud quem deposita, vel cui commodata, vel locata res sit, agi potest.

L. 5. *D. eodem.* *Celsus* scribit, si quis merces, quas exvehendas conduxit, in horreo posuit, cum conductore ad exhibendum agi potest: Item, si mortuo conductore heres existat, cum herede agendum. Sed si nemo heres sit, cum horreario agendum: nam si a nullo, inquit, possidentur, verum est, aut horrearium possidere, aut certe ille est, qui possit exhibere. Idem ait: Quomodo autem possidet, qui vehendas conduxit? an quia pignus tenet? Quae species ostendit, etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri.

L. 5. §. 1. *D. eod.* *Iulianus* autem ita scribit, ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit. Sed et eum, qui ususfructus nomine rem tenet: quamvis nec hic utique possideat. Inde *Iulianus* quaerit, quatenus hos oporteat exhibere? Et ait, priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat: is autem, cum quo agetur, rei servandae causa, sit in possessione: eum vero, qui usumfructum habeat, sic, ut actor rem possideat: is, cum quo agetur, utatur fruatur.

36) *L.* 13. *pr.* *L.* 16. *D. de usurpat. et usucap.* S. THIBAUT Animadversion. de naturali et civ. possessione, adject. CUPERI Observationib. select. de natura possessionis, denuo ab Eo editis pag. 159.

Es schien weniger zweifelhaft zu seyn, daß der Gläubiger, welcher die Sache, die der Kläger zu sehen verlangt, als ein Faustpfand besitzt, ad exhibendum verbunden sey, als bey einem bloßen Detentor. Denn ist gleich jener kein Civilbesitzer, in Absicht auf Usucapion, so besitzt er doch in jeder andern juristischen Rücksicht[37]), wie Javolen lehrt, wenn er *L.* 16. *D. de usurpat. et usucap.* sagt:

Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet: *quod ad reliquas omnes causas pertinet*, qui accepit, possidet.

Er hat daher das Recht der possessorischen Interdicte, nicht nur gegen Fremde, z. B. interdictum: Uti possidetis et Utrubi, welche nur dem creditor, qui in possessionem rei servandae causa missus est, darum abgesprochen werden, weil dieser keinen juristischen Besitz hat[38]); sondern auch gegen den Schuldner selbst[39]). Sein Besitz ist also eine wahre possessio im juristischen Sinn[40]). Denn nur ein solcher Besitz ist Bedingung der Interdicte[41]). Es hatte folglich auch keinen Zweifel, daß die actio ad exhibendum gegen ihn Statt habe. Allein alle übrige, welche in den angeführten beyden andern Gesetzstellen genennt

37) S. *Franc.* DUARENUS in Comment. ad L. 1. §. *Per servum corporaliter.* D. de acquir. possess. (Operum pag. 626.) und *Chr. Aug.* GÜNTHER Princip. iuris. Rom. privati noviss. Tom. I. §. 264.

38) *L.* 3. *§.* 8. *D. Uti possidet.* S. GALVANUS de Usufructu. Cap. 33. Nr. VII. pag. 461. edit. *Tübing.*

39) *L.* 6. *§.* 4. *D. de precario.*

40) *L.* 35. *§.* 1. *L.* 37. *D. de pignerat. act.*

41) S. von Savigny Recht des Besitzes §. 7. S. 61.

nennt werden, der Depositar, der Commodatar, der Pachter, der creditor in possessionem missus, u. s. w. sind keine possessores im juristischen Sinn. Von diesen wird gesagt: *tenent*, sed non *possident*[42]. Alle diese haben daher auch das Recht der possessorischen Interdicte nicht[43]. Bey diesen schien es also zweifelhaft zu seyn, ob die actio ad exhibendum auch gegen sie gehe. Denn diese Klage war, wie Ulpian sagt, hauptsächlich wegen der Vindication eingeführt. Nun waren die Römischen Rechtsgelehrten darüber nicht einig, ob die Reivindication auch gegen denjenigen Statt habe, bey dem eigentlich im juristischen Sinn gar keine Possession angenommen werden kann, sondern welcher die Sache blos körperlich detinirt[44]. Pegasus behauptete, sie setze von Seiten des Beklagten immer eine wahre possessio, d. i. einen solchen Besitz voraus, der wenigstens das Recht zu Interdicten begründet. Vermuthlich dachte also Pegasus auch eben so von der präparatorischen Klage ad exhibendum. Allein Ulpian entschied gegen ihn, und stellte den Grundsatz auf, *ab omnibus qui tenent, et habent restituendi facultatem, peti posse.* Diesem gemäß behauptet nun auch eben dieser Ulpian hier: *omnes, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum actione teneri, quamvis proprie non possideant.* In Ansehung der *L.* 5. wo Ulpian dieses sagt, scheint mir jedoch Manches noch einer näheren Erläuterung zu bedürfen.

42) *L. 9. D. de rei vindicat. L. 10. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possess. L. 3. §. 8. D. Uti possidet. L. 6. §. 2. D. de precario.*

43) *L. 1. §. 10. D. de vi. L. 3. §. 8. D. Uti possidet.*

44) *L. 9. D. de rei vindicat.*

Ulpian trägt im Anfange desselben folgenden Fall vor. Es hat Jemand einem Fuhrmann Waaren zum Transport gegeben. Dieser hat sie einstweilen in einem Magazin niedergelegt. Nun entstand Zweifel, welches die rechten Waaren sind. Um sich dies erklären zu können, muß ich bemerken, daß *horrea* bey den Römern solche Gebäude hießen, worin Feldfrüchte, Wein, Kaufmannsgüter, Kunstsachen, ja oft Sachen von größtem Werth niedergelegt und aufbewahrt wurden[45]). In einem solchen Magazine oder Vorrathshause befanden sich also gewöhnlich Sachen, die verschiedenen Eigenthümern zugehörten. Dem Eigenthümer der zum Transport gegebenen Waaren war also daran gelegen, zu wissen, welches seine Waaren sind, und ob auch der Fuhrmann die rechten Waaren aufgeladen habe. Gegen wen mußte nun also auf Vorzeigung geklagt werden? Celsus entscheidet so. Zunächst muß gegen den Fuhrmann geklagt werden, der die Waaren in Empfang genommen hat. Wäre dieser unterdessen gestorben, so ist entweder ein Erbe da, oder nicht. In jenem Falle muß gegen diesen geklagt werden; in dem letztern aber gegen den Eigenthümer des Horreums. Daß die actio ad exhibendum gegen den horrearius Statt habe, erklärte sich leicht. Denn besitzt weder der Fuhrmann, noch desselben Erbe die Waaren, (dies sollen offenbar die Worte: *nam si a nullo*

possiden-

45) *L. 6. pr. D. de edendo. L. 74. D. de contr. emt. vendit. L. 60. §. 6. D. locati. L. 3. §. 2. D. de officio praefecti vigil. L. 33. §. 4. D. de auro. arg. L. 30. §. 4. D. ad L. Falcid.* Man vergleiche hier vorzüglich *Barn.* BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. IV. cap. 18. und *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 3. pag. 150. sq.

possidentur, heißen, und es ist gar nicht nöthig, mit Anton Faber[46]) statt a nullo *ab ullo* zu lesen), so muß sie entweder der horrearius entwendet haben[47]), oder sie befinden sich noch in seiner Niederlage, und dann kann er sie exhibiren. Allein aus welchem Grunde konnte der Fuhrmann ad exhibendum belangt werden? Dieser ist doch auf keine Weise als juristischer Besitzer zu betrachten. Man müßte denn etwa sagen, er habe die Waaren als ein Pfand in Händen. Dies scheint mir der Sinn der Worte zu seyn: *an quia pignus tenet?* Cujaz[48]) versteht sie zwar so, daß der Fuhrmann, wegen des ihm schuldigen Fuhrlohns, ein stillschweigendes Pfandrecht habe, und beruft sich auf *L.* 6. §. 2. *D. Qui potior. in pign.* Zu dieser Erklärung scheint die Leseart in den glossirten Handschriften: *an quia pignori tenet?* Anlaß gegeben zu haben, welche jedoch auch bey Haloander und Baudoza vorkommt. Eben so Galvanus[49]). Allein Pothier[50]) erklärt die von Cujaz angeführte Stelle richtiger von dem

46) Rational. in Pandect. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 463. Richtiger sagt die Glosse ad h. L. ad verba: *Si a nullo*, id est, nec a conductore, nec ab herede eius.

47) So erklärt das *possidere* für possessionem invadere, *Engelbert de* MAN in Diss. de thesauro ad L. 3. §. 3. D. de acquir. vel amitt. possess. *Trajecti ad Rhen. 1740.* §. 27. (in *Ger.* OELRICHS *Thesaur. Dissertation. iuridic. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XVII. pag. 368.)

48) Recitation. solemnes ad Lib. X. Dig. h. L. 5. h. t. (*Operum a* FABROTO *editor.* Tom. IV. P. I. pag. 641.)

49) De Usufructu Cap. 33. nr. VII. pag. 461.

50) Pandect. Iustinian. Tom. I. Lib. XX. Tit. 4. Nr. XXVI. not. e. pag. 573.

dem Falle: *Si convenerit, ut pro hac mercede merces essent pignori.* Anton Faber[51]) hingegen glaubt vielmehr, es sey hier von keinem eigentlichen Pfandrechte die Rede, sondern der Fuhrmann könne die Waaren, gleichsam als ein Pfand, so lange zurückhalten, bis ihm das Fuhrlohn bezahlt worden ist. So rede Julian auch *L.* 13. §. 8. *D. de act. emti vend.* von dem Retentionsrechte des Verkäufers, so lange das Kaufgeld noch nicht bezahlt ist. Diese Erklärung scheint allerdings dem Sinn des Gesetzes gemäßer zu seyn. Denn Celsus sucht hier blos einen Grund auf, warum auch der bloße Detentor ad exhibendum belangt werden könne. Dann hat diese Erklärung auch die Auctorität der Basiliken[52]) für sich, in welchen diese Stelle so lautet:

Ἐὰν τις ἐπὶ τῷ μεταγαγεῖν φορτία μισθωσάμενος, ἀπόθηται αὐτὰ ἐν ὁρίῳ, αὐτὸς καὶ ὁ κληρονόμος αὐτοῦ ἐνάγονται τῇ παραστάσει αὐτῶν. αὐτοὶ γὰρ αὐτὰ δοκοῦσιν ὡς ἐνέχυρον νέμεσθαι. i. e. *Si quis merces, quas transvehendas conduxit, in borreo reposuerit, cum ipso, et cum herede eius ad exhibendum agi potest: ipsi enim eas videntur possidere quasi pignus.*

Doch bedarf es dieses Grundes nicht einmal. Denn der Hauptgrund bleibt immer der, daß es bei der actio ad exhibendum gar nicht darauf ankommt, ob derjenige, welcher belangt wird, im juristischen Sinn Besitzer ist, sondern nur darauf allein, ob es in seiner Macht steht, die Sache zu exhibiren. Dies ist der Sinn der letzten Worte: *Quae species ostendit, — ad exhibendum teneri.*

In

51) Rational. in Pand. c. I.

52) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Constit. 5. pag. 233.

In dem §. 1. der *L. 5. h. t.* führt Ulpian noch ein Paar Beyspiele aus Julian an, nämlich vom creditor, qui rerum vel legatorum servandorum causa in possessione sit, und dem Usufructuar. Beyde sind zwar bloße Detentoren, oder natürliche Besitzer[53]), sie können aber dennoch nach dem angeführten Princip ad exhibendum belangt werden. Es kam nur noch darauf an, näher zu bestimmen, in wiefern sie zur Exhibition verbunden sind. Ulpian bestimmt dieses nach Julian auf folgende Art: Ait, priorem quidem sic, *ut actor possessionem habeat*; is autem, cum quo agetur, *rei servandae causa sit in possessione.* Daß dieses überhaupt auf den creditor oder legatarius in possessionem missus geht, sieht jeder von selbst. Allein was heißt: *ut actor possessionem habeat?* Anton Faber[54]) fertiget uns mit der Bemerkung ab, daß etwas Anders sey, possessionem habere, etwas anders: in possessione esse. Nun könne, der Billigkeit nach, durch die actio ad exhibendum die Lage desjenigen, qui in possessione est, nicht verschlimmert werden, wenn durch die Hauptklage, die dadurch vorbereitet wird, die Sache, von welcher die Rede ist, dem Beklagten abgesprochen wird. Pothier[55]) hingegen erklärt diese Stelle auf folgende Art: Si non appareat heres, qui verus possessor est, transfertur quidem possessio in actorem; sic tamen, ut legatarius, qui rem exhibuit, perseveret esse in eius possessione; donec per actionem, cuius actio

53) *L. 3. §. 8. D. Uti possidet. L. 12. D. de acquir. possess. L. 1. §. 8. D. Quod legator. L. 6. §. 2. D. de precario.*

54) Rational. in Pand. h. L.

55) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. IX. not. d.

actio *ad exhibendum* praeparatoria est, revocetur eius possessio, et res evincatur. Allein die Worte *possessionem habere* scheinen mir auf die künftige Restitution der Sache, als die Wirkung der Hauptklage zu gehen. *Restituere* enim, sagt Cajus[56]), est etiam possessorem facere; oder sie können auch die Wirkung der actio ad exhibendum selbst anzeigen. Denn auch diese Klage geht auf Restitution, wenn der Beklagte sich mit dem Kläger in keinen Hauptproceß einlassen will, wie Cujaz[57]) bemerkt. Jedoch soll hier die Exhibition auf eine solche Art geschehen, daß das dem Beklagten durch die Mission zuerkannte prätorische Pfandrecht nicht aufgehoben werde. In den Basiliken[58]) wird diese Stelle auf folgende Art übersetzt: Καὶ ὁ δανειστὴς, καὶ ὁ ληγατάριος πεμφθέντες εἰς νομὴν, ἐνάγονται τῇ παραστατικῇ ἀγωγῇ, ἵνα νέμηται μὲν ὁ ἐνάγων, καὶ αὐτοῖς δὲ φυλαχθῇ ἡ νομὴ τοῦ ἐνεχύρου. i. e. *Creditor, et legatarius, qui in possessionem missi sunt, ad exhibendum actione tenentur, ut actor quidem possessionem habeat, ipsis autem pignoris possessio servetur.*

Auf eben diese Art soll nun auch der Usufructuar, salvo usufructu suo, zur Exhibition gehalten seyn, wie die letzten Worte des §. 1. der *L.* 5. *h. t.* ganz deutlich anzeigen.

Die Klage ad exhibendum ist übrigens begründet, der Beklagte mag die Sache an sich, oder die Hauptsache besitzen, mit welcher die zu exhibirende Sache verbunden ist. Ulpian führt hiervon folgende Beyspiele an.

L. 7.

56) L. 22. *D. de Verbor. Signif.*

57) Recitat. solemn. ad Lib. X. Dig. h. t. ad §. *Quantum autem* L. 9. (*Operum* T. IV. P. I. pag. 650.)

58) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Const. 5. §. 1. pag. 233. sq.

L. 7. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita *Pomponius* scribit, *quamvis tunc civiliter non possideas.*

Diese letztern Worte wollen so viel sagen, daß der Besitzer einer zusammengesetzten Sache, in sofern von dem Besitz der einzelnen Theile für sich, z. B. der Räder an einem Wagen, die Rede ist, dieselben im eigentlichen Sinn des Civilrechts nicht besitze. So erklärt sie auch Pothier[59]) welcher sagt: Quamvis proprie non possideas rotam, sed magis vehiculum, cui cohaeret: quamdiu enim cohaeret, per se rota non possidetur; vehiculum tantum possidetur. Eben so Thibaut[60]), obwohl der Grund, den er anführt, weil es nämlich eine Quaestio Domitiana gewesen wäre, ob auch derjenige mit der actio ad exhibendum belangt werden könne, welcher die Sache nicht gerade ad usucapionem besitzt? niemanden überzeugen wird, der aus den oben angeführten Stellen ersehen hat, daß Ulpian gerade dieselbe Frage durch die angeführten vielen Beyspiele außer Zweifel setzen will, welche Thibaut für absurd hält, wie Herr von Savigny[61]) sehr richtig dagegen erinnert hat[62]).

Idem et si armario vel navi tabulam meam, vel ansam scypho iunxeris, vel emblemata phialae:

59) Pandect. Iustin. h. t. Nr. X. not. e.

60) Animadv. de naturali et civ. possessione (als Anhang zu CUPERI Observat. select. de natura possess. pag. 162.)

61) Recht des Besitzes §. 7. S. 56. Not. 2.

62) In den *Basilic.* Tom. II. pag. 235. lauten die Worte so: *εἰ καὶ μὴ νέμῃ πολιτικῶς.*

lae[63]): vel purpuram vestimento intexeris, aut brachium statuae coadunaveris.

In allen diesen Fällen wird jedoch, wie Cujaz[64]) ganz richtig bemerkt, vorausgesetzt, daß eine Trennung der accessorischen Sache von der Hauptsache möglich sey. Denn diese Trennung zu bewirken, ist hier der Zweck der actio ad exhibendum, weil sonst die Vindication der Sache nicht Statt finden kann. Paulus sagt dies auch ausdrücklich *L.* 6. *D. h. t.* wo es heißt:

Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum[65]) candelabro vindicari non potest: sed, *ut excludatur*, ad exhibendum agi potest.

Ist bey metallenen Gefäßen oder Figuren die Verbindung durch Schmelzen geschehen, so unterscheiden die Gesetze zwischen *ferruminatio* und *plumbatura*. Jene ist ein

63) *Phiala* eine Art von Trinkgeschirr. S. WUNDERLICH Additamenta ad BRISSONIUM h. v. pag. 51. *Emblemata* Figuren, meist von Golde, die man an das silberne Geschirr, z. E. an Pokale, Leuchter, Schüsseln, u. d. von aussen zur Zierde ansetzte; und nach Belieben wieder abnehmen konnte. S. BRISSONIUS de Verbi Signif. v. *Emblema*. ERNESTI Clav. Ciceron. h. v.

64) Recitat. solemn. ad h. Tit. Pand. *Oper.* Tom. IV. P. I. pag. 639.

65) *Sigillum*, eine eingelegte oder angeheftete erhabene Figur, womit man das Geschirr zu verzieren pflegte, die sich aber nur auf der einen Seite zeigte, und auch wieder weggenommen werden konnte. BRISSON. h. v. und besonders *Christ. Frid.* WOLLE Archaeologiae iuridicae specimen. *Lipsiae 1772.* P. II. Cap. 2.

ein Anschmieden oder eine Anschweißung, die mittelst eben derselben Materie geschiehet, aus welcher der ganze metallene Körper besteht; letztere aber ist ein Anlöten mit Bley. Jene hebt das Eigenthum desjenigen, welchem die angeschweißte oder angeschmiedete Sache gehörte, ganz auf, und es findet deswegen weiter keine Vindication, und folglich auch die actio ad exhibendum nicht Statt. Nur in dem letztern Falle ist eine unverletzende Trennung möglich, welche durch die actio ad exhibendum gefordert werden kann. In dem erstern hingegen ist eine *actio in factum* anzustellen [66].

Die actio ad exhibendum findet jedoch nicht nur gegen den wirklichen Inhaber der Sache Statt, sondern auch gegen denjenigen, welcher durch seinen dolus verursacht hat, daß die Sache nicht exhibirt werden kann. Denn dieser wird wegen seiner Arglist noch wie ein Besitzer behandelt [67].

L. 5.

66) *L.* 23. *§.* 5. *D. de rei vindicat.* Item quaecunque aliis iuncta, sive adjecta, accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest: *sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur:* scilicet excepto eo, quod CASSIUS *de ferruminatione* scribit. Dicit enim, si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi: et, quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit: *quia feruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit.* Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. ad Lib. VI. Pand. pag. 309.

67) Dolus pro possessione est. *L.* 131. *et L.* 150. *D. de div. reg. iuris.*

L. 5. C. h. t. Ad exhibendum actione non tantum eum, qui possidet, sed etiam eum teneri, *qui dolo fecit, quominus exhiberet*, merito tibi à non contemnendae auctoritatis Iurisconsulto *Modestino* responsum est.

L. 14. D. eodem. Si vir nummos ab uxore sibi donatos, sciens suos factos non esse, pro re emta dederit, *dolo malo fecit, quominus possideat*; et ideo ad exhibendum actione tenetur.

L. 9. §. 2. D. eod. Si quis rem fecit ad alium pervenire, videtur dolo fecisse, quominus possideat: si modo hoc dolose fecerit.

Wer hingegen weder selbst besitzt, noch arglistig zu besitzen aufgehört hat, haftet nicht ad exhibendum; jedoch kann zuweilen eine andere Klage Statt finden, wie aus folgender Stelle des Pomponius erhellet.

L. 15. D. h. t. Thesaurus meus in tuo fundo est, nec eum pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem, aut *ad exhibendum* eo nomine agere recte non posse me, *Labeo* ait: *quia neque possideres eum, neque dolo feceris, quominus possideres*, utpote cum fieri possit, ut nescias, eum thesaurum in tuo fundo esse. Non esse autem iniquum, iuranti mihi, *non calumniae causa id postulare*, vel Interdictum, vel iudicium ita dari, ut si per me non stetit, quominus damni infecti tibi operis nomine caveatur, *ne vim facias mihi, quominus eum thesaurum effodiam, tollam, exportem.* Quodsi etiam furtivus iste thesaurus est, etiam furti agi potest.

Es

Es ist hier von einem solchen Schatz die Rede, der in fremdem Eigenthum ist. Das Wort *thesaurus* wird also hier im weitern Sinn für jede verborgene Sache von Werth genommen, mithin nicht, wie in der Lehre vom Erwerb des Eigenthums, wo sich der Begriff von Schatz auf eine solche vergrabene Sache von Werth beschränkt, welche durch die Länge der Zeit herrnlos geworden ist[68]). Der Eigenthümer will nun seinen Schatz ausgraben und heben. Allein der Besitzer des Grundstücks, worin der Schatz vergraben ist, leidet dieses nicht. Was wird also jener für eine Klage anstellen? Die actio furti paßt hier nicht, auch nicht die actio ad exhibendum. Denn jene setzt eine contrectatio fraudulenta voraus, und eine solche Contrectation ist nicht denkbar, wenn nicht der Schatz ausgegraben und weggenommen wird[69]). Dies war aber hier von dem Eigenthümer des Grundstücks nicht geschehen. Die actio ad exhibendum hingegen hat darum nicht Statt, weil man eigentlich nicht sagen kann, daß der Eigenthümer des Grundstücks den Schatz besitze, oder daß er denselben arglistig zu besitzen aufgehört habe. Denn der Schatz macht keinen Theil des Grundstücks aus, folglich wird er von dem Besitzer des Grundstücks nicht zugleich mit besessen, sondern dieser muß noch besonders um den Schatz wissen, und ihn ausgraben, wenn er den Besitz desselben erwerben soll[70]). Nun ist es ja leicht möglich, daß der Besitzer des Grund-

stücks

68) *L. 31. §. 1. D. de acquir. rer. dom.* S. Savigny Recht des Besitzes §. 17. S. 207.

69) *L. 3. §. 18. D. de acquir. vel. amitt. possessione.*

70) *L. 3. §. 3. D. de acquir. vel. amitt. possess.* S. *Engelb. de* MAN Diss. de thesauro ad L. 3. §. 3. D. de acquir. poss. (in *Ger.*

stücks von dem in seinem Eigenthum verborgenen Schatz gar nichts weiß. Er kann also auch den Schatz weder vorzeigen, noch herausgeben, ohne ihn erst auszugraben, oder ausgraben zu lassen. Eine solche Bemühung oder den dazu erforderlichen Kostenaufwand kann man ihm aber auf das bloße noch unerwiesene Vorgeben desjenigen, der den Schatz verlangt, nicht zumuthen. Er braucht aber auch nicht zu leiden, daß ein anderer in seinem Eigenthum gräbt. Könnte indessen der vermeintliche Eigenthümer des Schatzes sein Interesse mittelst Eides für Gefährde bescheinigen, so ist es der Billigkeit gemäß, ihm ein Interdict zu gestatten, daß ihn der Besitzer des Grundstücks nicht hindere, den Schatz auszugraben, und an sich zu nehmen, wenn er zuvörderst Caution leisten wird, daß er für allen Schaden stehen wolle[71]).

Aus allen erhellet also, daß die actio ad exhibendum zu den actionibus in rem scriptis gehört, welche gegen jeden Besitzer angestellt werden können, ohne sich auf ein dingliches Recht zu gründen.

Ob der Beklagte schon bey der Einlassung besaß, oder von da an, bis zum Urtheil erst den Besitz erwarb, ist gleichviel. Er kann doch noch condemnirt werden, wie Ulpian lehrt *L.* 7. §. 4. *D. h. t.*

Si

Ger. OELRICHS *Thes. Dissert. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XVII.) §. 28. pag. 368. sqq. und von Savigny Recht des Besitzes §. 17. S. 209. ff.

71) Man sehe auch CUJACII Recitatt. solemn. ad Pand. h. t. ad L. 15. Thesaurus. (*Operum.* Tom. IV. P. I. pag. 654.)

Si quis non possideat litis contestatae tempore, sed postea ante sententiam possidere coeperit, oportere dici putamus, debere condemnari, nisi restituat.

Dagegen ist aber auch der Beklagte frey zu sprechen, wenn er im Laufe des Prozesses, ohne seine Schuld, den Besitz verliert. Daß ihm bey dem verlohrnen Besitz kein Dolus zur Last fällt, entschuldigt ihn allein noch nicht; es darf ihm auch kein ungebührlicher Verzug zur Last liegen, wenn er von der Klage völlig entbunden werden will. So ist die *L.* 7. §. 5. *D. h. t.* zu verstehen, wo Ulpian sagt:

Si quis, cum iudicii accepti tempore possideret, postea sine dolo malo possidere desierit, absolvi eum oportet: *quamvis sit*, inquit *Pomponius*, *quod ei imputetur, cur non statim restituit, sed passus est secum litem contestari.*

Noodt[72]) macht uns hier auf die besondere Bedeutung des Worts *Quamvis* aufmerksam, welches hier für nisi gebraucht wird, wie aus der Verbindung der *L.* 15. §. *ult. D. de Rei vindicat.* mit unserer Stelle erhellet.

Auch Cujaz[73]) giebt hierüber folgende sehr richtige Erklärung: *Quamvis*, sagt er, hoc loco non adversatur, sed rem temperat: et quasi emendat, ut in *L.* 2. §. 2. *D. de stipulat. praetor.* *L.* 75. §. 6. *D. de verbor. obligat.* Et sensus hic est, ut si, qui possidet litis contestatae tempore, habuerit iustam causam litigandi, et interim

P 2 sine

72) Commentar. ad Dig. h. t. §. Illud non silebo. *Operum* Tom. II. pag. 248.

73) Recitat. solemn. ad h. L. 7. §. *Si quis* (*Operum* Tom. IV. P. I. pag. 648.)

actio *ad exhibendum* praeparatoria est, revocetur eius possessio, et res evincatur. Allein die Worte *possessionem habere* scheinen mir auf die künftige Restitution der Sache, als die Wirkung der Hauptklage zu gehen. *Restituere* enim, sagt Cajus[56]), est etiam possessorem facere; oder sie können auch die Wirkung der actio ad exhibendum selbst anzeigen. Denn auch diese Klage geht auf Restitution, wenn der Beklagte sich mit dem Kläger in keinen Hauptproceß einlassen will, wie Cujaz[57]) bemerkt. Jedoch soll hier die Exhibition auf eine solche Art geschehen, daß das dem Beklagten durch die Mission zuerkannte prätorische Pfandrecht nicht aufgehoben werde. In den Basiliken[58]) wird diese Stelle auf folgende Art übersetzt: *Καὶ ὁ δανειστὴς, καὶ ὁ ληγατάριος πεμφθέντες εἰς νομὴν, ἐνάγονται τῇ παραστατικῇ ἀγωγῇ, ἵνα νέμηται μὲν ὁ ἐνάγων, καὶ αὐτοῖς δὲ φυλαχθῇ ἡ νομὴ τοῦ ἐνεχύρου.* i. e. *Creditor, et legatarius, qui in possessionem missi sunt, ad exhibendum actione tenentur, ut actor quidem possessionem habeat, ipsis autem pignoris possessio servetur.*

Auf eben diese Art soll nun auch der Usufructuar, salvo usufructu suo, zur Exhibition gehalten seyn, wie die letzten Worte des §. 1. der *L.* 5. *h. t.* ganz deutlich anzeigen.

Die Klage ad exhibendum ist übrigens begründet, der Beklagte mag die Sache an sich, oder die Hauptsache besitzen, mit welcher die zu exhibirende Sache verbunden ist. Ulpian führt hiervon folgende Beyspiele an.

L. 7.

56) *L.* 22. *D. de Verbor. Signif.*

57) Recitat. solemn. ad Lib. X. Dig. h. t. ad §. *Quantum autem* L. 9. (*Operum* T. IV. P. I. pag. 650.)

58) Tom. II. Lib. XV. Tit. 4. Const. 5. §. 1. pag. 233. sq.

L. 7. §. 1. *et* 2. *D. h. t.* Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita *Pomponius* scribit, *quamvis tunc civiliter non possideas.*

Diese letztern Worte wollen so viel sagen, daß der Besitzer einer zusammengesetzten Sache, in sofern von dem Besitz der einzelnen Theile für sich, z. B. der Räder an einem Wagen, die Rede ist, dieselben im eigentlichen Sinn des Civilrechts nicht besitze. So erklärt sie auch Pothier[59]) welcher sagt: Quamvis proprie non possideas rotam, sed magis vehiculum, cui cohaeret: quamdiu enim cohaeret, per se rota non possidetur; vehiculum tantum possidetur. Eben so Thibaut[60]), obwohl der Grund, den er anführt, weil es nämlich eine Quaestio Domitiana gewesen wäre, ob auch derjenige mit der actio ad exhibendum belangt werden könne, welcher die Sache nicht gerade ad usucapionem besitzt? niemanden überzeugen wird, der aus den oben angeführten Stellen ersehen hat, daß Ulpian gerade dieselbe Frage durch die angeführten vielen Beyspiele außer Zweifel setzen will, welche Thibaut für absurd hält, wie Herr von Savigny[61]) sehr richtig dagegen erinnert hat[62]).

Idem et si armario vel navi tabulam meam, vel ansam scypho iunxeris, vel emblemata phialae:

59) Pandect. Iustin. h. t. Nr. X. not. e.

60) Animadv. de naturali et civ. possessione (als Anhang zu CUPERI Observat. select. de natura possess. pag. 162.)

61) Recht des Besitzes §. 7. S. 56. Not. 2.

62) In den *Basilic.* Tom. II. pag. 235. lauten die Worte so: *εἰ καὶ μὴ νέμῃ πολιτικῶς.*

lae[63]): vel purpuram vestimento intexeris, aut brachium statuae coadunaveris.

In allen diesen Fällen wird jedoch, wie Cujaz[64]) ganz richtig bemerkt, vorausgesetzt, daß eine Trennung der accessorischen Sache von der Hauptsache möglich sey. Denn diese Trennung zu bewirken, ist hier der Zweck der actio ad exhibendum, weil sonst die Vindication der Sache nicht Statt finden kann. Paulus sagt dies auch ausdrücklich *L. 6. D. h. t.* wo es heißt:

Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum[65]) candelabro vindicari non potest: sed, *ut excludatur*, ad exhibendum agi potest.

Ist bey metallenen Gefäßen oder Figuren die Verbindung durch Schmelzen geschehen, so unterscheiden die Gesetze zwischen *ferruminatio* und *plumbatura*. Jene ist ein

63) *Phiala* eine Art von Trinkgeschirr. S. WUNDERLICH Additamenta ad BRISSONIUM h. v. pag. 51. *Emblemata* Figuren, meist von Golde, die man an das silberne Geschirr, z. E. an Pokale, Leuchter, Schüsseln, u. d. von aussen zur Zierde ansetzte, und nach Belieben wieder abnehmen konnte. S. BRISSONIUS de Verbi Signif. v. *Emblema*. ERNESTI Clav. Ciceron. h. v.

64) Recitat. solemn. ad h. Tit. Pand. *Oper.* Tom. IV. P. I. pag. 639.

65) *Sigillum*, eine eingelegte oder angeheftete erhabene Figur, womit man das Geschirr zu verzieren pflegte, die sich aber nur auf der einen Seite zeigte, und auch wieder weggenommen werden konnte. BRISSON. h. v. und besonders *Christ. Frid.* WOLLE Archaeologiae iuridicae specimen. *Lipsiae 1772.* P. II. Cap. 2.

ein Anschmieden oder eine Anschweissung, die mittelst eben derselben Materie geschiehet, aus welcher der ganze metallene Körper besteht; letztere aber ist ein Anlöten mit Bley. Jene hebt das Eigenthum desjenigen, welchem die angeschweißte oder angeschmiedete Sache gehörte, ganz auf, und es findet deswegen weiter keine Vindication, und folglich auch die actio ad exhibendum nicht Statt. Nur in dem letztern Falle ist eine unverletzende Trennung möglich, welche durch die actio ad exhibendum gefordert werden kann. In dem erstern hingegen ist eine *actio in factum* anzustellen [66]).

Die actio ad exhibendum findet jedoch nicht nur gegen den wirklichen Inhaber der Sache Statt, sondern auch gegen denjenigen, welcher durch seinen dolus verursacht hat, daß die Sache nicht exhibirt werden kann. Denn dieser wird wegen seiner Arglist noch wie ein Besitzer behandelt [67]).

L. 5.

66) *L. 23. §. 5. D. de rei vindicat.* Item quaecunque aliis iuncta, five adjecta, accessionis loco cedunt, ea, quamdiu cohaerent, dominus vindicare non potest: *sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur:* scilicet excepto eo, quod CASSIUS *de ferruminatione* scribit. Dicit enim, si statuae suae ferruminatione iunctum brachium sit, unitate maioris partis consumi: et, quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod adplumbatum sit: *quia feruminatio per eandem materiam facit confusionem, plumbatura non idem efficit.* Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. ad Lib. VI. Pand. pag. 303.

67) Dolus pro possessione est. *L. 131. et L. 150. D. de div. reg. iuris.*

b) Wenn die Klage bereits gegen den Erblasser war angestellt worden, in der Meinung, er sey Besitzer, ohnerachtet er wirklich die Sache weder besaß, noch dieselbe arglistig zu besitzen aufgehört hatte; und nun sein Erbe die Sache wirklich besitzt. Hier ist der Erbe zur Exhibition verpflichtet, ohne eine neue Klage gegen ihn anstellen zu dürfen. Diesen Fall hat Julian, welcher *L.* 8. *D. h. t.* sagt: Si ad exhibendum actum est cum eo, qui neque possidebat, neque dolo malo fecerat, quo minus possideret, deinde, eo defuncto, heres eius possidet rem, exhibere eam cogendus erit. Es erklärt sich diese Ausnahme daraus von selbst, weil der Erbe die Person des Erblassers vorstellt, ja vermöge rechtlicher Fiction als eine Person mit ihm angesehen wird [83]). Es ist also hier eben so, als ob der Verstorbene selbst noch vor dem Endurtheil den Besitz erlangt hätte, den er zur Zeit der Einlassung noch nicht hatte [84]).

§. 744.

Zweck der Klage. Wie und wo muß die Exhibition geschehen? Folgen des Ungehorsams.

Der Zweck der Klage, worin zugleich auch die Wirkung derselben liegt, geht zwar, insofern sie blos präparatorisch ist, nur auf Vorzeigung der Sache, um die in Ansehung derselben zustehende Hauptklage anstellen zu können. Denn dies heißt eigentlich *exhibere rem*, wie Paulus [85]) sagt. Sie kann aber auch öfters die Restitution der Sache selbst nach sich ziehen, wenn nämlich der Beklagte nach geschehener Exhibition sich nicht getrauet, auf

Ex delicto defuncti in quantum heredes conveniantur. S. CUJACII Recitatt. solemn. ad Pand. Lib. X. L. 12. §. ult. D. h. t. Tom. IV. *Oper.* P. I. pag. 653. und NOODT Comm. ad Pandect. c. l.

83) *L.* 22. *D. de usurpat. et usucap.*

84) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad h. L. 8. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 469.

85) *L.* 2. *D. h. t.*

auf die Hauptklage sich einzulassen [86]). Diesem Zweck gemäß muß nun die Sache in dem Zustande exhibirt werden, worin sie sich bey der Einlassung auf die Klage befand [87]), folglich unverändert, und unverschlimmert, nebst Accession und Früchten. Daher sagt Ulpian *L.* 9. §. 7. *D. h. t.* Quia *causa* petitori in hac actione restituitur, SABINUS putavit, *partum* quoque restituendum: sive praegnans fuerit mulier, sive postea conceperit. Quam sententiam et POMPONIUS probat; und Justinian fügt §. 3. *I. de officio iud.* noch hinzu: Praeterea *fructuum* medii temporis, id est, eius, quod post acceptum ad exhibendum iudicium, ante rem iudicatam intercesserit, rationem habere debet iudex. Diese Wirkungen der Restitution treten also nur dann ein, wenn es der Beklagte nicht auf die Hauptklage ankommen lassen will, um deren willen auf Exhibition geklagt worden ist. Denn giebt der Beklagte nicht nach, sondern macht dem Kläger die Sache auch noch nach erfolgter Exhibition streitig, so kann vor der Hand noch von keiner Restitution der Accessionen und Früchte die Rede seyn [88]). In diesem Falle, da der Beklagte bereit ist, sich mit dem Kläger auf den Hauptstreit einzulassen, muß er in Absicht auf die Exhibitionsklage absolvirt werden, sobald die Sache exhibirt worden ist, wenn auch die Sache deteriorirt seyn sollte. Denn die Verfolgung des Rechts wird dadurch nicht gehindert, obwohl wegen des zugefügten Schadens ex Lege Aquilia oder actione in factum gegen den Besitzer geklagt werden kann, wie folgende Gesetzstellen lehren.

L. 17. *D. h. t.* Si quis hominem debilitatum exhibeat, vel eluscatum ad exhibendum quidem absolvi debet; exhibuit enim, et nihil impedit directam actionem talis exhibitio: poterit tamen agere actor ex Lege Aquilia de hoc damno.

L. 7.

86) S. *Hug.* DONELLI Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 9. §. Commoda externa. pag. 1181.

87) §. 3. *I. de offic. iud.* *L.* 9. §. 5. *D. h. t.*

88) DONELLUS c. l. und CUJACIUS in Recitat. solemnib. ad Pand. h. t. ad §. Quantum autem L. 9. Tom. IV. *Oper.* P. I. p. 650. sq.

L. 7. *C. eodem.* Exhibitionis necessitate tenetur, qui facultatem habens, culpam, vel dolum, in explendo praecepto committit: ita ut si rem deteriorem exhibuit, aequitas exhibitionis perficiat, ut quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio contra eum detur.

Sind gewisse Vortheile deswegen verlohren gegangen, weil die Exhibition nicht zu rechter Zeit geschahe, so müssen auch diese ersetzt werden. Z.B. es ist dadurch ein Vermächtniß, oder eine ganze Erbschaft verlohren gegangen.

L. 9. §. 8. *D. h. t.* Praeterea utilitates, si quae amissae sunt ob hoc, quod non exhibetur, vel tardius quid exhibetur, aestimandae a iudice sunt. Et ideo *Neratius* ait, utilitatem actoris venire in aestimationem, non quanti res sit: Quae utilitas, inquit, interdum *minoris* [89]) erit, quam res erit.

L. 10 *D. eod.* Si, optione intra certum tempus data, iudicium in id tempus extractum est, quo frustra exhibetur [90]), utilitas petitoris conservetur. Quod si per heredem non stetit, quominus exhiberet tempore iudicii accipiendi, absolvendus est heres.

L. 11. *pr. D. eodem.* Sed et si hereditas amissa sit ob hoc, quod servus non exhibeatur, aequissimum est aestimari officio iudicis damnum hereditatis.

Kann

89) Der Erlanger Pandecten-Codex lieset hier *maioris*, und nach Brenkmanns Bemerkung in dem Gebauerschen Corp. iuris civ. sollen, ausser Haloander, auch alle Ausgaben so lesen. Von Bauduza kann ich dieses selbst bezeugen. Allein die Basiliken Lib. XV. Tit. 4. Tom. II. pag. 237. bestärken die florentinische Leseart, wo es heißt: τὸ δὲ χρήσιμον ἔσθαι ὅτε ἧττόν ἐςι τῦ πράγματος. i. e. *Utilitas autem interdum minoris est, quam res.* Hugo a Porta, Charondas, Russardus, Pacius, Gothofredus und Simon van Leeuwen haben alle *minoris*.

90) Cod. Pand. Erlang. hat *exhiberetur*.

Kann die Sache aus einer gerechten Ursache vorjetzt nicht exhibirt werden, z. B. weil sie sich anderswo befindet; so muß der Beklagte einstweilen Caution leisten, daß er sie innerhalb einer vom Richter bestimmten Zeit herbeyschaffen wolle. Paulus sagt: *L.* 12. §. 5. *D. h. t.* Si iusta ex causa statim exhiberi res non possit, iussu iudicis caveri debebit, *se illo die exhibiturum*; und im §. 3. *I. de officio iud.* heißt es: Quodsi neget reus, cum quo ad exhibendum actum est, in praesenti se exhibere posse[91]), et tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur: *dari ei debet, ut tamen caveat, se restituturum.*

Läßt sich keine Zeit bestimmen, z. B. der Sklave, auf dessen Exhibition geklagt worden, ist entlaufen, oder der Besitzer hat ihn in die Fremde geschickt; so leistet der Beklagte blos Caution, daß er die Sache exhibiren wolle, sobald sie wieder in seine Gewalt kommen würde. Ulpian sagt: *L.* 5. §. *ult. D. h. t.* Item, si quis facultatem restituendi non habeat, licet possideat, tamen ad exhibendum non tenebitur: utputa, si in fuga servus sit[92]), ad hoc plane solum tenebitur, ut caveat, *se exhibiturum, si in potestatem eius pervenerit*[93]) sed et si non sit in fuga, permiseris autem ei, ubi velit morari, idem erit dicendum; aut peregre a te missus sit, vel in praediis tuis agat, ad hoc solum teneberis, *ut caveas.*

Die

91) THEOPHILUS in Paraphr. I. graec. Lib. IV. Tit. 17. §. 3. p. 913. der Reitzischen Ausgabe setzt hier zur Erläuterung hinzu: *διὰ τὸ τυχὸν ἐν ἑτέρῳ τόπῳ διακεῖσθαι τὸ πρᾶγμα.* i. e. *quia forte res in alio loco sita est.*

92) Denn der Besitz eines entflohenen Sklavens wurde so lange erhalten, bis ihn ein Anderer in Besitz genommen hatte. *L.* 1. §. 14. *D. de acquir. vel amitt. poss.*

93) CUJACIUS Lib. XXII. Observation. cap. 30. in fin. schränkt dieses auf den Fall ein: ut non nisi, si post litem contestatam reus sine dolo malo rei exhibendae et restituendae facultatem habere desierit, ad hoc teneatur, ut caveat, se rem exhibiturum, si rursus in suam potestatem venerit, non etiam, si ante litem contestatam eam rem amiserit, quam bona fide possidebat.

Die Exhibition geschieht nun da, wo sich die Sache zur Zeit der Litiscontestation befindet. Verlangt der Kläger, daß sie an den Ort hingeschafft werde, wo geklagt worden ist, so geschieht es auf seine Gefahr und Kosten, wofern nicht etwa die Sache arglistiger Weise vom Beklagten weggeschafft worden war. Hierher gehört die Stelle Ulpians *L. 11. §. 1. D. h. t.* wo es heißt: *Quo* autem *loco* exhiberi rem oporteat, vel *cuius sumtibus* videamus. Et LABEO ait, ibi exhibendum, *ubi fuerit, cum lis contestaretur: periculo et impendiis actoris perferendam perducendamve eo loci, ubi actum sit*. Pascere plane servum, vestire, curare possessorem oportere ait. Ego autem arbitror, interdum etiam haec actorem agnoscere oportere, si forte ipse servus ex operis vel artificio suo solebat se exhibere, nunc vero cogitur vacare. Proinde et si apud officium fuerit depositus exhibendus, cibaria debebit agnoscere, qui exhiberi desideravit, si non solebat possessor servum pascere: nam si solebat, sicuti pascit, ita et cibaria potest non recusare. Interdum tamen eo loci exhiberi debet suis sumtibus: si forte proponas, data opera eum in locum abditum res contulisse, ut actori incommodior esset exhibitio. *Nam in hunc casum, suis sumtibus et periculo, debebit exhiberi in eum locum, ubi agitur, ne ei calliditas sua prosit.*

Hat der Beklagte die Sache gänzlich corrumpirt, oder sie arglistig aus seinem Besitz geschafft, oder die Gestalt der Sache gänzlich verändert, und sie in einen andern Körper verwandelt, oder sonst arglistig die Rechtsverfolgung derselben unmöglich gemacht, oder er verweigert hartnäckig die Restitution der Sache, und der Kläger ist nicht geneigt, ihm dieselbe abzwingen zu lassen, so kann der Beklagte in diesen Fällen zur Leistung des durch den Eid des Klägers auszumittelnden vollen Interesse verurtheilt werden, wie folgende Gesetzstellen lehren.

L. 9. pr. D. h. t. Iulianus scribit, si quis hominem, quem possidebat, occiderit, sive ad alium transtulerit possessionem, si ita rem corruperit, ne haberi possit,

possit, ad exhibendum tenebitur: quia dolo fecit, quominus possideret. Proinde et si vinum, vel oleum, vel quid aliud effuderit, vel confregerit, ad exhibendum tenebitur.

L. 9. §. 3. *eod.* Sed si quis rem deteriorem exhibuerit, aeque ad exhibendum eum teneri, SABINUS ait. Sed hoc ibi utique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata: veluti, si ex scypho massa facta sit. Quanquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur: nam, mutata forma, prope interemit substantiam rei.

L. 12. §. 3. *D. eodem.* Si quis ex uvis meis mustum fecerit, vel ex olivis oleum, vel ex lana vestimenta, cum sciret haec aliena esse: utriusque nomine ad exhibendum actione tenebitur: quia, quod ex re nostra fit, nostrum esse verius est [94]).

L. 3. §. 2. *D. h. t.* Praeterea, in hac actione notandum est, quod reus contumax *per in litem iusiurandum petitoris* damnari possit ei, *iudice quantitatem taxante* [95]).

Nach dem Römischen Rechte waren hier zwey Sentenzen nöthig, durch die erste, welche arbitrium hieß, wurde dem Beklagten die Exhibition auferlegt, durch die letzte, oder das Definitivurtheil, wurde er zur Leistung des Interesse verurtheilt [96]). Denn die Klage gehörte zu den actionibus arbitrariis [97]).

Heut

94) S. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 247. und HUBERI Eunomia Rom. Lib. X. ad h. L. pag. 443.

95) S. *Ant.* FABER de errorib. Pragmaticor. Decad. XCII. Err. 5.

96) S. CUJACII Recitatt. solemn. ad Pand. ad §. Quantum autem L. 9. h. t. Tom. IV. P. I. *Oper.* pag. 650. in fin.

97) S. des 3. Th. 2. Abth. §. 275. S. 611.

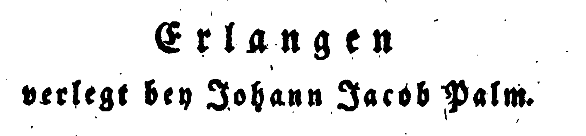
Heut zu Tage kann, statt dieser Klage, wenn man mit selbiger nicht gleich die Hauptklage vereiniget, die Exhibition auch durch eine bloße Imploration gefordert werden, und der Richter kann den Imploranten, durch einen an denselben erlassenen Befehl anhalten, die Sache dem Imploranten unverzüglich vorzuzeigen. Indessen stehen doch auch gegen einen solchen Befehl, oder gegen das Gesuch um einen solchen Befehl dem Imploranten alle diejenigen Einreden zu, die er bey der wirklichen Klage ad exhibendum vorschützen kann[98]).

98) Man s. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1352.

Ausführliche Erläuterung
der
Pandecten
nach
Hellfeld
ein Commentar

von
D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Eilften Theils zweyte Abtheilung.



Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1809.

Lib. XI. Tit. I.

De interrogationibus in iure faciendis, et interrogatoriis actionibus [1]).

§. 745.

Wahre Beschaffenheit der Interrogationen nach der römischen Gerichtsordnung, und der sich darauf gründenden *actionum interrogatoriarum*.

Eben so, wie die actio ad exhibendum, dienen auch zur Einleitung und Vorbereitung einer zuständigen Hauptklage die sogenannten *Interrogationes in iure* [2]).

Im

1) So lautet die Ueberschrift in der florentinischen Ausgabe. In der Haloandrinischen aber wird noch das Wort *sublatis* beygefügt. Diese Leseart vertheidiget besonders LEONINUS Lib. III. Emendation. cap. 9. Eben so, wie Haloander, liest auch Baudoza. Allein mit Recht giebt Brenkmann in der Gebauerschen Ausgabe der florentinischen Leseart den Vorzug. Offenbar beruhet die haloandrinische Leseart auf einer unrichtigen Erklärung der *L. 1. §. 1. D. h. t.* Unser Erlanger Pandecten-Codex stimmt mit der Florentine überein.

2) Die beste Schrift ist *Ioannis* WYBO ICti de interrogationibus in iure liber singularis. *Lugduni Batavor. 1732.* 8. Außerdem sind noch zu vergleichen *Car. Ferd.* HOMMELII Progr. de interrogationibus in iure faciendis hodie non sublatis. *Lipsiae 1750.* und *Io. Phil.* CARRACH Exercitat. iurid. sistens Sicilimenta de interrogationibus in iure, earumque defectu in foris germanicis. *Halae 1751.*

Im allgemeinen werden darunter Fragen verstanden, welche eine Parthey der andern, oder der Richter im Prozeß von Amtswegen einer Parthey zur Beantwortung vorlegt. Solche Fragen können also

I. von einer Parthey an die andere gemacht werden. Nach der römischen Gerichtsordnung konnte vorzüglich der Kläger noch vor Anstellung der Klage seinem Gegner gewisse Fragen zur Beantwortung vorlegen, welche dazu dienten, um die Klage darnach einzurichten. Ueber den Grund der Klage konnte freylich der Beklagte nicht befragt werden, so lange noch kein Prozeß vorhanden war. Darauf brauchte er gar nicht zu antworten, sondern die Fragen betrafen nur immer die Qualität desjenigen, gegen den eine gewisse Hauptklage angestellt werden sollte, wenn es ungewiß war, ob und wie weit er der rechte Beklagte sey[3]). Dies beweisen sämmtliche Gesetze dieses Titels, und die darin vorkommenden Beyspiele. Es sind deren folgende acht.

1) Ob derjenige, welcher als Erbe belangt werden sollte, wirklich Erbe desjenigen sey, an welchen der Kläger eine Forderung hatte? desgleichen ob er Universal- oder nur Partial-Erbe sey, und zu welchem Antheil? auch was er überhaupt für ein Erbe sey, Testaments- oder Intestat-Erbe?

L. 1. pr. D. h. t. Totiens heres in iure interrogandus est, *qua ex parte heres sit*, quotiens adversus eum actio instituitur, et dubitat actor, qua ex parte is, cum quo agere velit, heres sit.

L. 9.

3) WYBO cit. libr. Cap. 1. pag. 6. u. HUBERI Prael. ad Pand. h. t. §. 1.

L. 9. §. 5. D. eodem. Qui interrogatus, *heredem se* respondeꝛit, nec adjecit, *ex qua parte*, ex asse respondisse dicendum est. Nisi forte ita interrogatur, *an ex dimidia parte heres sit?* et responderit, *heres sum*: hic enim magis eum puto ad interrogatum respondisse.

L. 9. §. 6. D. eodem. Illud quaeritur, an quis cogatur respondere, *utrum ex testamento heres sit*: et *utrum suo nomine ei quaesita sit hereditas; an per eos, quos suo iuri subiectos habet, vel per eum, cui heres extitit?* Summatim igitur Praetor cognoscere debebit, cum quaeratur, an quis respondere debeat, quo iure heres sit: ut, si valde interesse compererit, plenius responderi iubeat. Quae obtinere debent, non solum in heredibus, sed etiam in honorariis successoribus.

War die Erbschaft mit einem Universal-Fideicommiß beschwert, so konnte der Kläger seinen Gegner fragen, ob ihm die Erbschaft schon abgetreten worden sey? Denn da nun erst die erbschaftlichen Klagen nach dem Trebellianischen Senatusconsultum auf den Fideicommissar übergehen, so daß er loco heredis von den Erbschaftsgläubigern belangt werden kann, so war letztern allerdings daran gelegen, zu wissen, ob die Erbschaft dem Fideicommissar restituirt sey. Sie konnten ihn also deshalb vor Gericht fragen[4]).

L. 9. §. 7. D. eodem. Denique *Iulianus* scribit, eum quoque, cui est hereditas restituta, debere, in iure interrogatum, respondere, *an ei hereditas sit restituta?*

4) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. L. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. 1. not. b. pag. 326.

2) Ob derjenige, gegen den eine Noxalklage angestellt werden sollte, den Sklaven besitze, wegen dessen dem Fragenden diese Klage zusteht[5])?

3) Ob demjenigen, welcher actione de pauperie belangt werden sollte, das Thier gehöre, welches den Schaden angerichtet hat?

L. 7. D. h. t. Si quis in iure interrogatus, *an quadrupes, quae pauperiem fecit, eius sit*, responderit, tenetur.

4) Ob, und zu welchem Theile dem Besitzer das Haus gehöre, aus dessen Einsturz dem Fragenden Schaden drohet, wenn deswegen die cautio damni infecti geleistet werden soll?

L. 10. D. h. t. Non alienum est, eum, a quo damni infecti stipulari velimus, interrogare in iure[6]), *an aedes eius vel locus sit, ex quo damnum timeatur; et pro qua parte?* ut si neget suum praedium esse, nec caveat damni infecti, aut cedere, aut resistendum putaverit[7]), quasi dolo versatus, tradere compellatur.

L. 20.

5) *L. 5. L. 14. 15. 16. 17. L. 20. pr. D. h. t.*

6) Baudoza lieset hier *interrogari in iure.*

7) Unser Cod. Pand. Erlang. hat hier: *aut si resistendum putaverit.* Eben so Baudoza. Diese Leseart verdient unstreitig den Vorzug. Zwar vertheidiget Brenkmann in der Gebauerschen Ausgabe die florentinische Leseart. Allein weit richtiger erklärt diese Stelle POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. II. not. a. pag. 327. wo er sagt: *Poena igitur mendacii erit, ut nulla amplius cognitione habita teneatur aut cavere damni infecti, aut cedere possessione; quae, si resistendum putaverit, ipsi manu militari auferetur.*

L. 20. §. 2. *D. eodem.* Idem[8]) et si damni infecti caveamus[9]): nam et hic respondere debet, quota ex parte eius sit praedium, ut ad eam partem stipulationem accommodemus. Poena autem non repromittentis haec est, ut in possessionem eamus: et ideo eo pertinet scire, an possideat.

5) Ob der zu Belangende das Peculium besitze, wegen dessen dem Kläger die actio de peculio zusteht? Auf die Frage, ob der Sohn, dem das peculium gehört, in des Beklagten Gewalt sey, kommt nichts an. Denn die actio de peculio ist nicht nur eine actio in rem scripta, sondern hat auch noch ein ganzes Jahr nach aufgehobener väterlichen Gewalt Statt[10]).

L. 9. §. 8. *D. h. t.* Si de peculio agatur, non oportere responderi a patre, vel domino, *an in potestate habeat filium vel servum:* quia hoc solum quaeritur, *an peculium apud eum, cum quo agitur, est.*

6) Zuweilen konnte der zu Belangende wegen seines Alters befragt werden, wie Ulpian lehrt *L.* 11. *pr. D. h. t.*

8) Cod. Erlang. lieset hier *Idem est.* Eben so Baudoza.

9) Statt *caveamus*, will *Ant.* FABER Rational. in h. L. lieber *caveatur* oder *caveat quis* lesen, weil nachher in der dritten Person gesagt wird: *nam et hic respondere debet.* Allein ohne Grund. *Caveamus* ist soviel als cavere postulemus, wie es Accursius und Pothier c. l. not. c. erklären, und geht auf *accommodemus*, mithin auf die Person des Fragenden, und nicht des Befragten, wie *Io.* WYBO c. lib. Cap. 7. pag. 100. gezeigt hat. Die *Basilica* Tom. V. Lib. XLII. Tit. 4. p. 740. haben jedoch: *καὶ τῆς ἐλπιζομένης συμπτώσει ἐγγύης*, i. e. *et qui convenitur damni infecti.*

10) C. FABRI Rational. in h. L.

h. t. De *aetate* quoque interdum interrogatus respondere debebit. Z. B. der Kläger weiß nicht gewiß, ob derjenige, den er belangen will, schon großjährig sey [11]). Gab er sich arglistig dafür aus, so machte er sich der Wohlthat seines Alters verlustig [12]). Es läßt sich aber noch ein anderer Fall gedenken, wo wegen des Alters gefragt werden kann, nämlich, wenn Jemandem der Nießbrauch bis auf ein gewisses Alter vermacht worden ist, und der Erbe des verstorbenen Proprietars weiß nicht, ob nicht der Usufructuar etwa das Alter schon erreicht hat, mit dessen Eintritt sich der Nießbrauch endigen soll [13]).

7) Ob der Schuldner ein gewisses Grundstück besitze, und zu welchem Theile? damit der Gläubiger, wenn jener etwa zu des letztern Nachtheil fälschlich vorgiebt, er besitze es nicht, oder es gehöre ihm nicht allein, eine Einweisung in dasselbe erhalte, so weit es der Schuldner nicht defendirt.

L. 20. §. 1. *D. h. t.* In iure interrogatus, *an fundum possideat*: quaero, an respondere cogendus sit, et *quota ex parte fundum possideat* [14])? Respondi: *Iavolenus*

11) FABER in Rational. T. II. P. II. pag. 495. glaubt, daß dieses Fragment schicklicher de reo, quam de actore interrogante, zu verstehen sey. Allein dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden.

12) *L. 3. Cod. si minor se major. dixerit.*

13) S. WYBO libr. cit. Cap. 7. pag. 101. sq.

14) *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. erklärt diese Stelle von einer actio in rem, bey welcher es auf den Besitz des Beklagten ankommt. Allein CUJACIUS ad Pauli libr. 2. Quaestion. in d. L. 20. §. 1. D. h. t. versteht dieses Fragment richtiger de de-

nus scribit, possessorem fundi cogi debere respondere, *quota ex parte fundum possideat*: ut, si minore ex parte possidere se dicat, in aliam partem, quae non defenderetur, in possessionem actor mittatur.

8) Ob A., der noch unter väterlicher Gewalt steht, und wegen dessen ich den Vater belangen kann, des B. Sohn sey[15])?

Diese Interrogationen hatten für den Kläger einen doppelten Zweck. Sie dienten ihm

1) dazu, um nicht in die Strafe des Zuvielbittens zu verfallen, welche ehemals in dem Verlust der ganzen Forderung bestand. Callistratus setzt hierin einen vorzüglichen Grund der Nothwendigkeit der Interrogationen, wenn er sagt *L.* 1. *pr. D. h. t.*

Est autem interrogatio tunc necessaria, cum in personam sit actio, et ita, si certum petetur: ne dum ignoret actor, qua ex parte adversarius defuncto heres extiterit, *interdum plus petendo aliquid damni sentiat.*

Nicht ohne Grund halten zwar die meisten Ausleger[16]) diese Stelle für interpolirt. Denn es ist außer

debitore, praesente quidem, sed rem suam pro parte defendente. Ihm stimmt auch WYBÓ c. l. pag. 102. bey. Man sehe hier *L.* 92. *D. de div. reg. iuris.*

15) *L.* 13. *pr. D. h. t.*

16) *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. III. Cap. 14. *Barn.* BRISSONIUS de Formulis Lib. V. cap. 25. *Ger.* NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. §. Extat illa. pag. 251. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. I. not. a. pag. 326. Zu verwundern ist, daß *Ant.* FABER in Rational. ad Pand. h. L. und WISSENBACH

Zweifel, daß zu den Zeiten des Callistratus, welcher unter den Kaisern Septimius Severus, Antoninus Caracalla und Alexander Severus lebte [17]), die Strafe der pluris petitio noch in dem Verlust der Forderung bestand [18]), da erst Kr. Zeno, und vollends Justinian [19]) diese ehemalige Strenge der alten Prozeßordnung gemildert haben. Vermuthlich hieß es also bey Callistratus: *ne plus petendo causam perdat*, wie sich sein Zeitgenoß Paulus [20]) in einem ähnlichen Falle ausdrückt. Da indessen eine pluris petitio doch auch nach der neuern Römischen Prozeßordnung nachtheilige Folgen für den Kläger hatte, so substituirte Tribonian dafür die Worte: *ne interdum plus petendo aliquid damni sentiat* [21]).

Außer-

BACH in seinen Emblematib. Triboniani, ad h. L. welche sonst so gern nach Tribonianismen haschen, hier keine Ahnung gehabt haben.

17) *L. 3. §. 2. D. de offic. Procur. Caes. L. 38. D. de LL. L. 2. §. 6. D. de iure fisci.* S. *Gottl. Aug.* IENICHEN Singularia de Callistrato ICto. *Lipsiae* 1742.

18) Noch in einer Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian *L. 2. Cod. Hermogen. de Calumniator. et plus petendo* (Tit. 2. bey SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 712.), heißt es: Si quis igitur plus ab eo, quod ei competit, vel debetur, petierit, *rem et causam, de qua agitur, perdit.*

19) *§. 33. I. de Actionib.* Siehe den 3. Th. dieses Commentars, und dessen 2. Abth. §. 282. S. 628.

20) *Sententiar. Receptar.* Lib. I. Tit. 13. B. §. 5. Hereditas pro ea parte peti debet, pro qua ad nos pertinet: alioquin plus petendi periculum incurrimus, et causam perdimus. Add. Lib. II. Tit. 5. §. 3.

21) Nur WYBO cit. libr. Cap. II. pag. 27. nimmt hier kein Emblema Triboniani an. Er meint, die Worte *aliquid damni* seyen hier

pro

Außerdem dienten die Interrogationen dem Kläger auch

2) dazu, um sich den oft schweren Beweis in solchen Fällen zu erleichtern, wo die Klage eine gewisse Eigenschaft bey dem Beklagten voraussetzt, ohne welche sonst eine Klage von der Art, wie der Kläger anstellen wollte, gar nicht, oder noch zur Zeit nicht Statt haben würde. Ulpian setzt hierin einen Hauptgrund, warum der Prätor sein Edict wegen der Interrogationen bekannt gemacht habe, wenn er *L. 2. D. h. t.* sagt:

Edictum *de interrogationibus* ideo Praetor proposuit, *quia sciebat difficile esse ei, qui heredem, bonorumve possessorem convenit, probare aliquem esse heredem, bonorumve possessorem.*

Und Paulus fügt *L. 3. D. eodem.* noch den Grund hinzu:

Quia plerumque *difficilis* probatio aditae hereditatis est.

Ehemals geschahen jedoch dergleichen Fragen, die eine Parthey an die andere machen konnte, nicht immer vor Gericht, sondern häufig auch außergerichtlich, und es konnten auf die letztern so gut, wie auf gerichtliche Interrogationen, actiones interrogatoriae gegründet werden[22]. Es pflegten auch nicht blos die Kläger sich solcher Fragen zu bedienen, um darnach ihre Klage einrichten zu können,

son-

pro omni damno zu nehmen, wie auch zuweilen Cicero sich ausdrücke, z. B. *Lib. XVI. Epist. 11.* Ne quid Respublica detrimenti caperet.

22) S. WYBO cit. libr. Cap. 3. pag. 31. sqq.

sondern auch die Beklagten bedienten sich derselben arglistig, als ein Mittel, ihren Klägern die Strafe der pluris petitio zuzuziehen[23]). Z. B. der Erbe des verstorbenen Schuldners gieng hin zum Gläubiger, und fragte ihn: nonne a Titio defuncto tibi debentur centum, cuius ego sum heres? Ahnte der Gläubiger keinen Betrug, sondern stellte nun seine Schuldklage gegen diesen Erben an, so setzte er ihm die Einrede der pluris petitio entgegen, weil er nicht Universalerbe sey, und zog ihm den Verlust seiner Forderung zu. Auf diesen Betrug bezieht sich die bekannte Stelle des Seneca[24]), wo er sagt: Quid aliud agitis, quum eum, quem interrogatis, scientes in fraudem inducitis, quam ut formula cecidisse videatur? Er nennt daher mit Recht dergleichen Einreden, deren sich die Beklagten auf solche Art bedienten, exceptiones nigras, et turpes, infamesque[25]). Nicht selten schikanirten aber auch die Kläger durch captiöse Fragen die Beklagten, so, daß der Befragte, welcher z. B. nur zur Hälfte des verstorbenen Schuldners Miterbe war, von dem Gläubiger auf die ganze Schuld belangt werden konnte. Eine Uebereilung war bey diesen außergerichtlichen Interrogationen um so leichter möglich, weil keine Bedenkzeit dabey Statt hatte. Besonders nachtheilig aber konnte dem Befragten die Antwort in dem Falle werden, wenn er sich über

23) WYBO pag. 43. sqq.

24) Epistol. 48. (*Operum* Vol. II. pag. 207. edit. *Rubkopf* Lipsiae 1800.)

25) Anders versteht jedoch diese Stelle CARRACH cit. Diss. §. 9. welcher läugnet, daß Interrogationen von dem Beklagten an den Kläger geschehen wären.

über eine ihm angefallene Erbschaft erklären sollte, wegen welcher er mit einem Dritten in einen Prozeß war verwickelt worden. Antwortete er dem Gläubiger auf sein Befragen, er sey Erbe, so hatte er sich demselben verbindlich gemacht, wenn ihm auch gleich nachher die Erbschaft war abgesprochen worden. Bey dieser Beschaffenheit der alten außergerichtlichen Interrogationen wird es nun auch Niemanden wundern, wenn die Antworten auf captiöse Fragen nicht selten dunkel und zweydeutig gefaßt, und auf Schrauben gestellt wurden, so daß der Beklagte nachher seiner Antwort eine Deutung geben konnte, welche er wollte.

Allen diesen Mißbräuchen und Schikanen suchte der Prätor durch sein Edict abzuhelfen, vermöge welchen nun die Fragen schlechterdings vor Gericht (in iure) geschehen, und Niemand mehr schuldig seyn sollte, außergerichtlich auf eine Frage seines Gegners Red und Antwort zu geben. Man durfte auch seinen Gegner mit der Antwort nicht übereilen, sondern er konnte um eine Bedenkzeit bitten. Lügen und gänzlich verweigerte Antwort hingegen zogen bestimmte Strafen nach sich. Nur dann konnte der Befragte seine Antwort zurückhalten, wenn er noch delliberirte, ob er die Erbschaft annehmen solle oder nicht, oder wenn er über die ihm angefallene Erbschaft mit einem Dritten in einen Rechtsstreit war verwickelt worden. Captiöse Fragen, und dunkle oder zweydeutige Antworten hatten jetzt auch nicht mehr Statt. Jeder vor Gericht Befragte haftete nun zwar aus seiner Antwort, und es konnte hierauf eine Klage gegründet werden, welche *actio interrogatoria* genennt wird; allein es konnte auch der Befragte dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten,

ten, wenn er aus einem verzeihlichen Irrthum wider die Wahrheit geantwortet hatte, so wie es ihm auch erlaubt war, sein aus einem solchen Irrthum gethanes Geständniß zu revociren. Es sind hier folgende Stellen merkwürdig.

L. 4. *D. h. t.* Voluit Praetor adstringere eum, qui convenitur, ex sua in iudicio responsione, ut vel confitendo, vel mentiendo sese oneret; simul etiam portionis, pro qua quisque heres extitit, ex interrogatione certioretur. Quod ait Praetor: *Qui in iure interrogatus responderit*: sic accipiendum est, apud Magistratus populi Romani, vel Praesides provinciarum, vel *alios iudices*[26]). *Ius* enim eum solum locum esse, ubi iuris dicundi, vel iudicandi gratia consistat; vel si *domi* vel *itinere*[27]) hoc agat.

L. 5.

26) Die Ausleger sind nicht einig, wer die *alii iudices* sind. *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. §. Nunc Edictum. Tom. II. pag. 251. versteht darunter *magistratus minores*, ut *municipales*. WYBO cit. lib. cap. V. pag. 64. hingegen glaubt, Ulpian habe die *Proconsules* gemeint. *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. und HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 447. halten die Worte: *alios iudices* für ein Emblema Triboniani, weil seit den Zeiten der Kaiser Diocletian und Maximian *L.* 2. *C. de pedaneis iudic.* aller Unterschied zwischen magistratus und iudices aufgehört hat. Allein ein solches Emblema hier anzunehmen, ist kein hinlänglicher Grund vorhanden, und da unter dem Ausdruck *Praesides* auch im allgemeinen Sinn die Proconsuls verstanden werden, *L.* 1. *D. offic. Praes.* so scheint die Noodtische Erklärung wohl die richtigste zu seyn.

27) *Franc.* HOTOMAN Observation. Lib. I. Obs. 22. et Lib. VII. Obs. 5. hält diese Worte für fehlerhaft, und will statt vel si domi lieber *non si domi* lesen. Allein mit Recht haben diese Emendation CUJACIUS Observation. Lib. XIV. cap. 11. und

RAE-

L. 5. *D. h. t.* Qui interrogatur, *an heres*, vel *quota ex parte sit*, vel *an in potestate habeat eum, cuius nomine noxali iudicio agitur*, ad deliberandum tempus impetrare debet: quia, si perperam confessus fuerit, incommodo adficitur.

L. 6.

RAEVARDUS lib. sing. pro Tribon. c. 7. verworfen. Zwar hat *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 447. die Meinung des Hotomans aufs neue zu vertheidigen gesucht; allein ganz vergeblich, wie WYBO cit. lib. cap. V. pag. 67. gezeigt hat. Der Prätor, so wie der Präses der Provinz, konnte allerdings in solchen Fällen, wo eine Sache de plano abgethan werden konnte, auch zu Hause und auf Reisen, sella posita, Recht sprechen, wie RAEVARDUS Protribunal. cap. 7. ROBERTUS Lib. I. Receptar. Sentent. Cap. 13. und LEONINUS Lib. III. Emendation. cap. 9. ausführlich dargethan haben. Es konnten daher auch in solchen Fällen und bey solchen Gelegenheiten, da sich der Magistrat außer seinem Tribunal befand, vor ihm Fragen geschehen, wenn die Sache keinen Aufschub litte, z. B. es kam auf eine cautio damni infecti wegen eines den Einsturz drohenden Gebäudes an. Hierauf zielt auch die *L.* 21. *D. h. t.* wo Ulpian sagt: *Ubicunque* iudicem aequitas moverit, *aeque* oportere fieri interrogationem, dubium non est. Das Wort *ubicunque* erklärt zwar BRANCHU Observat. ad ius Rom. Dec. alt. cap. 15. pag. 100. *in omni causarum genere.* Allein ganz unrichtig. Es heißt offenbar hier *quovis in loco*, wie aus *L.* 11. *D. de Iustit. et iure* erhellet; und die Worte *aeque* oportere etc. haben den Sinn: non esse exspectandum, donec Praetor ad tribunal adsit, verum et domi et in itinere debere fieri interrogationem. Auch die *Basilica* Lib. XLII. Tit. 4. T. V. p. 735. bestärken die florentinische Leseart. Da heißt es: *εἰ καὶ ἐν οἴκῳ, ἢ ὁδῷ τοῦτο γίνεται.* i. e. *etiamsi domi, aut in itinere hoc agat.*

L. 6. D. eodem. Et quia hoc defunctorum interest, ut habeant successores, interest et viventium, ne praecipitentur, *quamdiu iuste deliberant.*

§. 1. Interdum interrogatus, *an heres sit*, non cogitur respondere: utputa, *si controversiam hereditatis ab alio patiatur*, et ita D. *Hadrianus* constituit: ne aut negando se heredem, praeiudicet sibi; aut dicendo heredem, illigetur, etiam ablata sibi hereditate.

L. 11. §. 4. D. h. t. Qui *tacuit* apud Praetorem, in ea causa est, ut instituta actione in solidum conveniatur, *quasi negavit se heredem esse.* Nam qui omnino non respondit, contumax est. *Contumaciae* autem poenam hanc ferre debet, *ut in solidum conveniatur*, quemadmodum si *negasset*; quia Praetorem contemnere videtur.

§. 5. Quod autem ait Praetor: *Omnino non respondisse:* posteriores sic exceperunt[28]), ut omnino non respondisse videatur, qui ad interrogatum non respondit, id est, πρὸς ἔπος[29]).

§. 7. Nihil interest, *neget* quis, an *taceat* interrogatus, an *obscure respondeat*, ut incertum dimittat interrogatorem.

§. 8.

28) Haloander und Baudoza lesen acceperunt. Eben so Cod. Pand. Erlang.

29) Die *Basilica* Tom. V. pag. 737. haben: Μὴ ἀποκρίνασθαι δὲ ἐςι, τὸ μὴ ἀκολούθως καὶ πρὸς ἔπος ἀποκρίνασθαι. i. e. *Non respondere autem est, convenienter et ad interrogatum non respondere.*

§. 8. Ex causa succurri ei, qui interrogatus respondit, non dubitamus. Nam et si quis interrogatus, an patri heres esset, responderit; mox prolato testamento [30]) inventus sit exheredatus: aequissimum est succurri ei. Et ita CELSUS scribit. Hic quidem et alia ratione [31]), quod ea, quae postea emergunt, auxilio indigent [32]). Quid enim si occultae tabulae, et remotae, postea prolatae sint? Cur noceat ei, qui id responderit, quod in praesentiarum videbatur? Idem dico, et si, qui heredem se responderit, mox falsum vel inofficiosum, vel irritum testamentum fuerit pronunciatum: non enim improbe respondit, sed scriptura ductus.

L. 11. §. 10. *D. h. t.* Qui *iusto errore* ductus, negaverit, *se heredem*, venia dignus est.

§. 11.

30) Die Taurellische, Charondaische und Gebauersche Ausgabe lesen *probato testamento.* Allein die Leseart *prolato*, welche Haloander, Hugo a Porta und mehrere haben, ist vorzüglicher. Unser Erl. Pandecten-Codex hat auch prolato. und hiermit stimmen auch die Basiliken überein. In diesen heißt es Tom. V. pag. 737. Ο εἰπὼν κληρονομεῖν τοῦ πατρὸς, ἐὰν ὕστερον φανῇ ἀπόκληρος γεγονὼς, συγγινώσκεται. εἰκὸς γὰρ ἐλάνθανεν ἡ διαθήκη. i. e. *Qui se patris heredem dicit, si postea inventus sit exheredatus, ei succurritur: forte enim occultabantur testamenti tabulae.*

31) Baudoza lieset hier richtiger *Id quidem et alia ratione contingit.* Gerade so hat auch Cod. Erlang.

32) Die *Basilica* Tom. V. pag. 737. haben: ἐπὶ δὲ τοῖς μετὰ ταῦτα συμβαίνουσι βοηθοῦμεθα. i. e. *in his autem, quae postea accidunt, subvenitur nobis.*

§. 11. Sed et si quis sine dolo malo, *culpa tamen* responderit, dicendum erit, absolvi eum debere: *nisi culpa, dolo, proxima sit.*

§. 12. Celsus scribit, *licere responsi poenitere*, si nulla captio ex eius poenitentia [33]) sit actoris. Quod verissimum mihi videtur: maxime si quis postea plenius instructus quid faciat, instrumentis, vel epistolis amicorum iuris sui edoctus [34]).

Seitdem also der Prätor sein Edict wegen der Interrogationen bekannt gemacht hatte [35]), kamen nun die außergericht-

33) Ganz unrichtig lieset hier die Haloandrine *praesentia*, wie schon von AUGUSTINUS Lib. III. Emendation. cap. 6. bemerkt worden ist.

34) *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 500. will dieses Gesetz blos von dem Falle verstehen, da der Beklagte nach der Litiscontestation pönitiren will. Hier müsse er darthun, daß er sich wegen seines Geständnisses in einem verzeihlichen Irrthum befunden habe. Vor der Litiscontestation hingegen sey ohne diesen Beweis dem Beklagten die Reue unbedingt erlaubt. Allein er irrt. Das Gesetz kennt diesen Unterschied nicht. Sobald die Antwort erfolgt ist, ist auch die actio interrogatoria begründet. Diese hätte ja sonst nach Willkühr von dem Beklagten vereitelt werden können, wie WYBO c. lib. Cap. IX. pag. 134. sehr gründlich gegen Faber erinnert hat.

35) HEINECCIUS in Opuscul. postum. pag. 517. hat das Edict aus den Fragmenten der Röm. Rechtsgelehrten auf folgende Art herzustellen gesucht: QUI IN IURE INTERROGATUS RESPONDERIT, QUA EX PARTE HERES BONORUMVE POSSESSOR SIT, ADVERSUS EUM EX SUA RESPONSIONE ACTIONEM DABO. ADVERSUS EUM, QUI OMNINO NON RESPONDERIT, IN SOLIDUM ACTIONEM DABO. Einen Commentar darüber findet man bey WYBO c. lib. Cap. V. pag. 60. sqq. Man sehe auch *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t.

gerichtlichen Interrogationen fast ganz außer Gebrauch, theils weil der Beklagte nicht schuldig war, außer Gericht seinem Gegner zu antworten, theils weil Arglist und Schikane dabey fast unvermeidlich war, theils weil dem Fragenden immer noch ein Beweis oblag, daß die Antwort wirklich so erfolgt sey, als der Kläger in seiner darauf gegründeten Klage angab. Eben deswegen kamen denn auch die ehemals auf dergleichen außergerichtlichen Interrogationen gegründeten actiones interrogatoriae außer Gebrauch. Dies scheint mir, wie auch Wybo [36]) behauptet, der eigentliche Sinn der sehr bestrittenen Stelle des Callistratus zu seyn, welche Anton Faber [37]), Wissenbach [38]), Schulting [39]), Heineccius [40]) und andere mehr, für ein pures Emblem des Tribonians halten wollen; ich meine die *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* wo es heißt:

Interrogatoriis autem *actionibus* hodie non utimur [41]): quia nemo cogitur *ante iudicium* de suo iure aliquid respon-

36) De interrogationib. in iure, lib. sing. Cap. IV. pag. 51. sqq. und in Triboniano ab Emblemat. Wissenbachii liberato Cap. II. §. 9. pag. 263. sqq. (edit. *Halensis* 1736. 8).

37) Rational. in Pand. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 486.

38) Emblemat. Triboniani Cap. II. ad L. 1. §. 1. D. h. t. pag. 32. edit. *Halens.*

39) Thesium controversar. Decad. XXXI. Th. 10.

40) Opusc. postum. de Histor. Edictor. pag. 551.

41) In den Basiliken Lib. XLII. Tit. 4. T. V. pag. 734. fehlen diese Worte gänzlich. Es heißt bloß: Οὐδεὶς ἀναγκάζεται πρὸ δικαστηρίου ἀποκρίνεσθαι περὶ τοῦ ἰδίου δικαίου. i. e. *Nemo cogitur ante iudicium de suo iure respondere.*

spondere, ideoque minus frequentantur, et in desuetudinem abierunt: sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, *quae ab adversa parte expressa fuerint apud iudices*, vel in hereditatibus[42]), vel in aliis rebus, quae in caussis vertuntur[43]).

Denn daß die interrogationes in iure so wenig, als die davon abhängenden actiones interrogatoriae, zu Justinians Zeiten außer Gebrauch gekommen waren, erhellet fast aus jedem Gesetz dieses Titels, welcher doch wohl gewiß, als bloße Antiquität, nicht würde in die Pandecten aufgenommen worden seyn. Ja in der *L.* 22. *D. h. t.* wird sogar der *actio interrogatoria* ausdrücklich gedacht, und die Frage entschieden, ob der von dem einem Gläubiger Befragte nicht auch mit dieser Klage utiliter von andern Gläubigern belangt werden könne, welche ihn zwar nicht gefragt haben, deren Forderung aber doch auch von der sich fälschlich von dem Beklagten beygelegten Eigenschaft abhängt? Scävola entscheidet sie auf folgende Art:

Procuratore Caesaris ob debitum fiscale interrogante, unus ex filiis, qui nec bonorum possessionem acceperat, nec heres erat, respondit, se heredem esse:

42) Baudoza lieset ut in hereditatibus. Eben so unser Erlanger Pandecten Codex.

43) In den *Basilic.* T. V. pag. 734. heißt es bloß: *ἔν τε ταῖς κληρονομίαις, ἔν τε τοῖς ἄλλοις πράγμασιν.* i e. *tam in hereditatibus, quam in aliis rebus* WYBO cit. libr. Cap. IV. pag. 56. erklärt die Worte: *quae in caussis vertuntur*, so: in quibus eadem est causa. Allein mir scheinen die Worte vielmehr den Sinn zu haben, wo es auf einen Rechtsstreit ankommt.

se: an *quasi interrogatoria* creditoribus caeteris teneatur? Respondit, *ab his, qui in iure non interrogassent, ex responso suo conveniri non posse.*

Es ist hier von einem emancipirten Sohn die Rede welchen der Vater präterirt hatte[44]). Dieser war nach dem ältern Recht kein Civilerbe. Er hatte aber auch nicht einmal die bonorum possessio erhalten. Dennoch gab er, auf geschehenes Befragen eines fiskalischen Gläubigers, fälschlich vor, er sey seines Vaters Erbe geworden. Hier haftete er wegen seiner Lüge zwar dem Fragenden, allein nicht den übrigen Gläubigern, die ihn nicht gefragt hatten. Diese konnten ihn aus seiner Antwort nicht belangen, auch nicht einmal mit einer actio quasi interrogatoria[45]). Wäre nicht diese ganze Entscheidung unnütz gewesen, wenn zu Justinians Zeiten actiones interrogatoriae nicht mehr im Gebrauche gewesen wären?

Um nun aber die Natur der interrogatorischen Klagen näher kennen zu lernen, ist es nöthig, zuvörderst die wahre Beschaffenheit und Wirkung der Interrogationen, worauf jene Klagen gegründet wurden, aus der römischen Gerichtsordnung darzustellen.

Hatte nämlich der Kläger nöthig, denjenigen, welchen er belangen wollte, über gewisse Puncte zu befragen,

R 2 die

44) S. WYBO c. libr. Cap. IX. pag. 130.

45) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. II. Err. 10. wo er diese Stelle ausführlich erklärt, sagt: *Quasi interrogatoria* est actio utilis ex interrogatione ab alio facta. Diese hatte darum nicht Statt, *quia per liberam personam alteri quaeri actio non possit.*

die er wissen mußte, um darnach seine Klage einzurichten, und solche ohne Gefahr anstellen zu können; so mußte er ihn zuvörderst vor Gericht fordern, oder fordern lassen[46]. Denn außergerichtlich war nun Niemand mehr zu antworten schuldig. Aber vor Gericht mußte er erscheinen, und auf die ihm dort vorgelegten Fragen antworten, widrigenfalls konnten gerichtliche Zwangsmittel gebraucht werden[47]. Die gewöhnliche Formel war: QUANDOQUIDEM TE IN IURE CONSPICIO, INTERROGO, ANNE LUCII TITII HERES SIS, ET EX QUOTA PARTE? oder POSTULO, ANNE FIAS AUCTOR[48])? Hielt es der Befragte nicht für rathsam, sich sogleich über die ihm vorgelegte Frage zu erklären, so konnte er um eine Bedenkzeit bitten[49]). Bat er darum nicht, oder die ihm gestattete Bedenkzeit war verstrichen, so erfolgte nun entweder die Antwort, oder nicht. In jenem Falle hatte der Gegner die Frage entweder bejahend oder verneinend beantwortet.

War die Antwort bejahend, so konnte nun der Kläger in Beziehung auf dieselbe die Hauptklage gegen den Beklagten ohne Bedenken sogleich anstellen, sein Geständniß mochte der Wahrheit gemäß seyn, oder nicht. Wenn also z. B.

46) *L. 1. §. 2. D. de inspic. ventre.* Evocari mulier ad Praetorem poterit, et apud eum interrogari. *L. 3. Cod. de Procurat.*

47) *L. 1. §. 3. D. de inspic. ventre.* Cogenda igitur erit remediis Praetoris et in ius venire, et, si venit, respondere.

48) CICERO *pro Caecinna* cap. 19. AUCTOR heißt hier ille, a quo ius meum persequi debeam. S. WYBO cit. libr. Cap. 6. und meine *Opuscula* Fascic. II. pag. 326.

49) *L. 5. L. 6. D. h. t. L. 1. §. 12. in fin. D. de successor. edicto.*

z. B. der Kläger gefragt hatte, ob sein Gegner des Titius, seines Schuldners, Erbe geworden sey, und dieser hatte die Frage bejahet; so konnte nun der Kläger auf folgende Art klagen: QUANDOQUIDEM AIS, TE LUCII TITII HEREDEM ESSE, AIO TE EX L. TITII HEREDITATE MIHI EX MUTUO CENTUM DARE OPORTERE[50]). Hatte er auch gelogen, und sich fälschlich für den Erben ausgegeben, der er doch nicht war, so haftete er nun für seine Lüge als ein solcher, der sich muthwillig zum Beklagten aufgeworfen, und einen Rechtsstreit übernommen hat, welcher ihn eigentlich nichts angieng. Die Folge dieser oblatio ad litem war, daß nun der Beklagte, wenn der Kläger in der Hauptsache die Richtigkeit seiner Forderung bewies, eben so zur Bezahlung verurtheilt werden konnte, als wenn er wirklich der vorgegebene Erbe wäre[51]). Es gehören hierher folgende Stellen.

L. 11. §. 1. *D. h. t.* Si quis, cum heres non esset, interrogatus responderit, ex parte heredem esse, sic convenietur, atque si ex parte heres esset. Fides enim ei contra se habebitur.

L. 11. §. 2. *D. eodem.* Qui ex quadrante heres vel omnino, cum heres non esset, responderit, se heredem ex asse, *in assem instituta actione convenietur.*

R 3 Pro

50) S. WYBO cit. libr. Cap. 9. pag. 134. und HOMMEL cit. Progr pag. 9.

51) Daß eine oblatio ad litem auch bey persönlichen Klagen sowohl, wie bey dinglichen, Statt haben könne, ist schon an einem andern Orte bemerkt worden. S. den 6. Theil dieses Commentars §. 530. S. 469. Man sehe auch *Aem. Lud.* HOMBERGK *zu Vach* Diss. de oblatione ad litem. *Marburgi* 1746. §. 30.

Pro iudicato konnte hingegen der Befragte auch wegen seiner bejahenden Antwort nicht gleich gehalten werden. Denn die Interrogationen bereiteten nur den Rechtsstreit vor, und waren qualitates adjectitiae der Hauptklage [52]). Hatte z. B. der Gefragte geantwortet, der Sklave gehöre ihm zu, der den Schaden gethan hatte, so haftete er darum noch nicht gleich zum Schadensersatz, sondern sein Gegner konnte nun die actio Legis Aquiliae interrogatoria gegen ihn, als vorgeblichen Eigenthümer, anstellen, wenn er es auch nicht war, und der wahre Eigenthümer ward dadurch von allem weitern Anspruche frey, wenn der Beklagte den Schaden ersetzt hatte.

L. 8 *D. h. t.* Si quis interrogatus de servo, qui damnum dedit, respondit, suum esse servum: *tenebitur Lege Aquilia*, quasi dominus; et si cum eo actum sit, qui respondit, *dominus ea actione liberatur.*

Antwortete hingegen der Befragte verneinend, so fand ein ganz anderes Rechtsverfahren nach der römischen Gerichtsordnung Statt. Jetzt trat der Prätor ein, dessen Decret folgenden Inhalts war: SI NEGAT, SACRAMENTO QUAERITO [53]). *Sacramentum* hieß in der römischen Pro-

52) Das Edict *de Interrogationibus*, und das Edict *de Confessis* waren zwey ganz verschiedene Edicte, welche *Hieron.* TREUTLER Selectar. Disputat. Vol. I. Disputat. IV. Th. I. Lit. D. fälschlich mit einander vermischt hat. S. WYBO cit. libr. Cap. I. pag. 4. sq.

53) S. WYBO de interrogationib. in iure Cap. VII. pag. 103. sqq. und meine *Opuscula* Fascic. II. pag. 381. *Sacramento quaerere* hieß aber soviel, als ad certam spondendam pecuniam reum provocare, ni ita esset. S. HEINECCII Syntagma Antiquitat. Rom. iurisprud. illustrant. Lib. IV. Tit. 6. §. 25.

Prozeßordnung eine bestimmte Geldsumme, von 50 bis 500 asses, welche die streitenden Theile, vermöge einer gegenseitigen Sponsion, bey den Pontifizen deponirten, und der verlierende Theil dem geistlichen Aerarium zurücklassen mußte[54]. Zu dieser *Sponsio sacramenti* forderte nun der Kläger den Beklagten folgendermaßen auf: QUANDOQUIDEM NEGAS, TE LUCII TITII HEREDEM ESSE, TE SACRAMENTO QUINQUAGENARIO PROVOCO, SPONDESNE TE DATURUM QUINQUAGINTA, SI HERES SIS? Der auf diese Art aufgeforderte Gegner antwortete: SPONDEO QUINQUAGINTA, SI HERES SIM. Hierauf geschahe eine Restipulation, nämlich der letztere fragte nun wieder den Kläger: TU VERO SPONDESNE IDEM, NI SIM? Die Antwort des Klägers war: ET EGO QUOQUE SPONDEO[55])? Der Kläger mußte nun zuvörderst beweisen, daß der Befragte des verstorbenen Titius Erbe wirklich geworden sey, ehe er seine Klage gegen ihn anstellen konnte. Hatte der Kläger diesen Beweis geführt, so war die Folge des gegnerischen Läugnens die, daß er nicht nur die als Sacrament stipulirte Summe verlohr, sondern nun auch auf die Bezahlung der ganzen Schuld seines Erblassers belangt werden konnte, wenn er gleich nur Erbe zu einem gewissen Antheile war[56]. Dieselbe Strafe hatte Statt, wenn der

54) S. FESTUS in voc. *Sacramentum.* edit. *Andr.* DACERII pag. 469. und VARRO *de Lingua Latina* Lib. IV. cap. 36. und besonders *Io. Frid.* SCHREITER Dissertat. Sacramentorum in veteris Romae iudiciis solemnium Antiquitates. *Lipsiae 1740.*

55) SIGONIUS de iudiciis Lib. I. cap. 21. WYBO c. l. pag. 105. und HEINECCIUS c. l.

56) WYBO c. l. pag. 97. sq.

Beklagte fälschlich einen geringern Theil der Erbschaft angab, als er wirklich hatte.

L. II. §. 3. *D. h. t.* Si cum esset quis ex semisse heres, dixerit se ex quadrante: mendacii hanc poenam feret, *quod in solidum convenitur.* Non enim debuit mentiri, dum se minoris portionis heredem adseverat.

Bey Noxalklagen bestand die Strafe des Läugnens darin, daß der Beklagte nun den Schaden schlechterdings ersetzen mußte, und das Recht der noxae datio verlohr.

L. I. § 15. *D. Si quadrupes pauper. fecisse dicat.* Interdum autem dominus in hoc non convenietur, ut noxae dedat, *sed etiam in solidum:* utputa, si in iure interrogatus, *an sua quadrupes esset*, responderit, *non esse suam.* Nam si constiterit esse eius, *in solidum condemnabitur.*

L. 17. *D. h. t.* Si servus non sit unius, sed plurium, et omnes mentiti sunt, *eum in sua potestate non esse*, vel quidam ex illis; aut dolo fecerunt, quominus sit in potestate: *unusquisque illorum tenebitur in solidum*; quemadmodum tenerentur, si haberent in potestate [57]).

Gab

57) Diese letztern Worte sind etwas dunkel, und werden von den Auslegern sehr verschieden erklärt. Accursius supplirt nach haberent in potestate, die Worte: *et negarent.* Allein dies paßt ganz und gar nicht. Denn auf solche Art wäre ja nur das Nämliche noch einmal gesagt, also idem per idem erklärt. *Ant.* FABER in Rational. in Pandect. ad h. L. will daher vielmehr folgendes suppliren: *nec vellent noxae dedere.* Denn wenn der Eigenthümer, welcher den Sclaven geständlich in seiner Gewalt hatte, denselben nicht zum Schadensersatz überlassen wollte,

Gab der Befragte aus Ungehorsam gar keine Antwort, so wurde er zur Strafe als ein solcher behandelt, welcher die Frage bejahet habe, und konnte nun eben so, wie derjenige, welcher wider besseres Wissen geläugnet hatte, auf das Ganze belangt werden [58]. Eben dies

wollte, so haftete er immer in solidum. *L. 22. §. 3. D. de noxal. action.* POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. X. Not. h. pag. 328. stimmt der Faberschen Erklärung bey, und stellt sich die Sache auf folgende Art vor. *Qui mentitur*, sagt er, *se non habere servum, aut qui dolo desiit eum habere, ambo nolunt eum noxae dedere; ideo enim is mentitur, ille desinit habere, ne noxae dedant; ergo aeque debent solidam litis aestimationem praestare, atque illi, qui servum possident, nec eum volunt noxae dedere.* Allein richtiger erklärt WYBO cit. libr. Cap. VII. pag. 98. sqq. die letztern Worte der *L. 17. h. t.* von dem Falle, wenn diejenigen, welche für die Eigenthümer des schädlichen Sklavens gehalten wurden, solches, auf Befragen, arglistig bejahet hatten. Diese hafteten nun, als wären sie wirkliche Eigenthümer, und zwar, da sie den Sklaven nicht noxae causa überlassen konnten, in solidum. Gerade so werden auch bey der actione de pauperie beyde Fälle, da der Nichteigenthümer das schädliche Thier, auf Befragen vor Gericht, für das seinige ausgegeben, und da der Eigenthümer arglistig geläugnet hat, daß ihm das Thier gehöre, *L. 7. D. h. t.* und *L. 1. §. 15. D. Si quadrupes* zusammengestellt. Denn daß beyde Fragmente, welche aus dem nämlichen *Libro* 18. *Ulpiani ad Edictum* genommen sind, zusammengehören, und gleichsam uno spiritu zu lesen sind, hat *Henr.* BRENCMANN in Diss. de Legum inscriptionibus §. 10. in fin. (bey *Ab.* WIELING in *Iurisprud. restituta.* P. II. pag. 157.) sehr richtig bemerkt.

58) Man vergleiche hier wieder vorzüglich *Io.* WYBO libr. cit. de interrogat. in iure. Cap. X. pag. 149. sqq. Mit ihm stimmen auch überein VOET in Comm. ad Pandect. h. t. §. 9. *Aemil. Lud.*

dies galt auch, wenn er auf die Frage nicht passend, oder so dunkel geantwortet hatte, daß der Fragende dabey in der vorigen Ungewißheit blieb. Denn die Strafe war die nämliche, ob der Befragte läugnete, oder gar nicht antwortete, oder eine dunkle oder unpassende Antwort gab. Der Unterschied bestand blos in dem rechtlichen Verfahren. Denn schwieg der Befragte, ohne auf die ihm vorgelegte Frage einige oder eine passende Antwort zu geben, so fiel hier Sponsio sacramenti weg, welche im Falle eines böslichen Läugnens Statt hatte, und der Kläger konnte nun die Klage sogleich auf das Ganze anstellen, ohne daß ihm ein weiterer Beweis oblag, daß der Beklagte diejenige Qualität wirklich habe, welche die Anstellung seiner Klage voraussetzte. Die Klage selbst lautete in dem römischen Gerichtsstyle ohngefähr so: QUANDO NEQUE AIS, NEQUE NEGAS, TE LUCII TITII HEREDEM ESSE, ADEOQUE PRAETOREM CONTEMNIS; AIO TE MIHI CENTUM EX LUCII TITII HEREDITATE DARE OPORTERE[59]). Hieraus erklären sich nun folgende von vielen[60]) mißverstandene Gesetzstellen.

L. II.

Lud. HOMBERGK ZU VACH in Diss. de oblatione ad litem. §. 19. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 3. Th. §. 1262.

59) WYBO cit. loc. pag. 162.

60) Z. B. *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. II. §. 4. D. h. t. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XXII. cap. 27. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. XXXI. Th. 6. und MALBLANC in Princip. iur. Rom. P. I. §. 244. behaupten, der aus Ungehorsam Nichtantwortende sey nach *L. II. §. 4. D. h. t.* als Leugnender zu behandeln, und der Kläger zum Beweis zuzulassen. Allein die *L. II. §. 4. h. t.* sagt mit keinem Worte, daß der Schweigende pro negante zu halten sey, sondern er sey als

L. II. §. 4. *D. h. t.* Qui TACUIT quoque[61]) apud Praetorem, in ea causa est, *ut instituta actione in solidum*

als contumax zu behandeln, und daher sein Schweigen gegen ihn zu erklären. Müßte er als ein Leugnender behandelt werden, so könnte die Klage nicht gleich auf das Solidum gegen ihn Statt finden, wie doch das Gesetz will, sondern der Kläger müßte zuvörderst den Beweis des als abgeleugnet angenommenen führen. Dies braucht aber in diesem Falle der Kläger nicht. Nur die Strafe des Ungehorsams bey dem Schweigen ist der Strafe des boshaften Abläugnens gleichgesetzt. Daß außerdem der aus Ungehorsam nicht Antwortende als Geständiger in Ansehung der ihm gemachten Frage zu behandeln sey, setzt die *L. 18. §. 2. D. de probat.* außer Zweifel. Interrogationis factae probationem, sagt daselbst Ulpian, actori imponi debere, id est, ei, qui in iure interrogatum dixit respondisse, se solum heredem esse: vel, *si tacuisse dicatur interrogatus*, aeque tantundem erit dicendum, *imposita probatione, non ei, qui excepit, se non respondisse, sed actori*; so sind die letztern Worte nach Baudoza zu lesen, statt der fehlerhaften florentinischen Leseart: *impositam improbationem*, welche keinen Sinn hat. Eben so, wie Baudoza, lieset auch unser Erlanger Codex. Wozu nun dieser Beweis, wenn nicht der Schweigende als ein solcher anzusehen wäre, der die Frage bejahet hat? S. WYBO Cap. X. pag. 153. sqq.

61) LEONINUS Lib. III. Emendation. cap. 9. hält das *quoque* für ein ineptum glossema, welches weggestrichen werden müsse. Es fehlt auch bey Haloander, und Baudoza. Bey Russard und Gothofredus aber ist es eingeklammert. Allein das *quoque* hat hier einen ganz richtigen Sinn nach der florentinischen Leseart, mit welcher auch unser Erlanger Codex übereinstimmt. Es soll nämlich das Vorhergehende mit dem Nachfolgenden verbinden, und anzeigen, daß hier ein solcher Fall anzunehmen sey, wo der Schweigende wirklich nicht heres ex asse ist, wofür er nun wegen seines Ungehorsams ange-

dum conveniatur, quasi negavit se heredem esse. *Nam qui omnino non respondit, contumax est.* Contumaciae autem poenam hanc ferre debet, *ut in solidum conveniatur*, quemadmodum si negasset; quia Praetorem contemnere videtur.

L. 11. §. 5. *D. eodem.* Quod autem ait Praetor: *Omnino non respondisse*, posteriores sic exceperunt, ut omnino non respondisse videatur, *qui ad interrogatum non respondit.*

L. 11. §. 7. *D. eodem.* Nihil interest, *neget* quis, an *taceat* interrogatus, an *obscure respondeat*, ut incertum dimittat interrogatorem.

So konnte sich also der vor Gericht Befragte durch seine Antwort oder Nichtantwort eine Verbindlichkeit zuziehen, welche der dem Gegner zustehenden Hauptklage die neue Eigenschaft gab, daß sie nun entweder gegen den Befragten in einem Falle angestellt werden konnte, wo sie sonst gegen ihn nicht Statt gefunden hätte, oder auch nun auf Mehreres gerichtet werden konnte, als sonst der Beklagte hätte leisten dürfen, ohne daß der Kläger wegen dieser pluris petitio einigen Nachtheil zu befürchten hatte. Von dieser adiectitia qualitas bekam jetzt die Klage den Beysatz *interrogatoria*. Z. B. wenn derjenige, welchen ich gefragt hatte, ob er meines Schuldners, des verstorbenen Titius, Erbe geworden sey, dieses bejahete, oder

angesehen wird. Denn sonst wäre es keine Strafe. Diese war aber nun für den Beklagten empfindlich genug, wenn er, als heres ex parte, jetzt die ganze Schuld des Erblassers bezahlen mußte. S. WYBO cit. libr. Cap. X. pag. 153.

oder schwieg, so klagte ich nun geradezu gegen ihn mit der *actio mutui interrogatoria* auf die Bezahlung der ganzen Schuld, wenn er auch gleich gar nicht Erbe oder nicht heres ex asse war; oder wenn bey der actio de pauperie der Beklagte war gefragt worden, ob ihm das schädliche Thier gehöre, und er hatte die Frage fälschlich bejahet, so bekam die Klage nun noch das ἐπίθετον *interrogatoria*[62]). Gründete sich diese Klage auf eine bejahende Antwort oder Geständniß des Befragten, so erhielt sie auch den Beysatz *confessoria*[63]). Es ergiebt sich hieraus Folgendes.

1) Die *actio interrogatoria* oder *confessoria* ist an sich keine eigene Klage, sondern nur Qualität einer andern Hauptklage, und läßt sich daher ohne das Daseyn einer andern Hauptklage, welche dadurch eine gesetzliche Modification erhält, gar nicht gedenken[64]). **Joh. Robert**[65]) und **Georg Frantzke**[66]) irren daher offenbar, wenn sie behaupten, daß die bloße Antwort des vor Gericht Befragten schon an sich eine Klage habe begründen können, wenn auch sonst keine andere Klage Statt hatte. Sie setzen sogar darin den Grund, warum die actiones interrogatoriae in der Folge außer Gebrauch gekommen wären, weil man ein solches Rechtsverfahren für unbillig gehalten habe. Ich will hier nur den **Frantzke** reden lassen, damit man sieht, daß ich ihm hierin nichts ohne Grund

62) S. HOMMEL Progr. cit. de interrogat. in iure faciend. pag. 12.

63) *L. 23. §. ult. L. 25. §. 1. D. ad Leg. Aquil.*

64) S. WYBO libr. cit. Cap. I. pag. 13. sqq.

65) Sententiar. iuris Lib. IV. Cap. 18.

66) Commentar. in viginti et unum libr. Pandectar. h. t. nr. 12.

Grund zur Last lege. Er sagt nämlich: Sed postquam sequentibus temporibus Praetori, et aliis ius reddentibus iniquum videretur, ut vel is, qui nullam haberet ab initio actionem, eam sibi nulla praecedente obligatione vel iure quaesito ex hac interrogatione pararet, vel, qui quidem haberet, captata tamen interrogandi occasione media probationum a reo expiscaretur, et in suum commodum adversus reum converteret, actiones hae in desuetudinem abierunt. Allein diese Ansicht ist ganz offenbar unrichtig. Hatte der Fragende keine Klage, so konnte auch der, welcher fälschlich geantwortet, und absichtlich gelogen hatte, mit keiner actio interrogatoria belangt werden, wie Paulus ganz deutlich lehrt, wenn er *L.* 13. *pr. D. h. t.* sagt:

Confessionibus falsis respondentes, ita obligantur, si eius nomine, de quo quis interrogatus sit, *cum aliquo sit actio:* quia quae cum alio actio esset, si dominus esset, in nosmet confessione nostra conferemus. Ueberhaupt wurde,

2) wenn die actio interrogatoria Statt haben sollte, als nothwendige Bedingung erfordert, daß die Antwort des Befragten nichts enthielt, was entweder der Natur der Sache, oder sonst anerkannten Rechtsgrundsätzen entgegen stritte, sonst verpflichtet auch eine falsche Antwort nicht. Denn auch die Lüge darf nichts physisch oder moralisch unmögliches enthalten. Paulus hat diesen Umstand ausdrücklich bemerkt, wenn er *L.* 13. *D. h. t.* sagt:

Et si eum, qui in potestate patris esset, respondissem, *filium meum esse*, ita me obligari, si aetas eius pateretur, ut filius meus esse possit: *quia falsae confessiones*

ſiones naturalibus convenire debent[67]): propter quae fiat, ut patrisfamilias nomine reſpondendo, non obliger. Eum, qui patremfamilias, *ſuum eſſe* reſponderit *ſervum*, non teneri noxali actione: ac ne ſi bona fide liber homo mihi ſerviat, mecum noxali iudicio agi poteſt: et ſi actum fuerit, manebit integra actio cum ipſo, qui admiſit.

Eben dies beſtärkt auch Javolen *L.* 14. *D. eod.* wo es heißt:

Si is, cuius nomine noxae iudicium acceptum eſt, manente iudicio[68]) liber iudicatus eſt, reus abſolvi debet: nec quidquam interrogatio in iure facta proderit: quia eius perſonae, cuius nomine quis cum alio actionem habet, obligationem transferre non poteſt in eum, qui in iure ſuum eſſe confitetur; velut alienum ſervum, ſuum eſſe confitendo: liberi autem hominis nomine, quia cum alio actio non eſt, ne per interrogationem quidem aut confeſſionem transferri poterit. Quo caſu eveniet, ut non recte hominis liberi nomine actum ſit cum eo, qui confeſſus eſt.

§. 1. *In totum autem confeſſiones ita ratae ſunt, ſi id, quod in confeſſionem venit, et ius et naturam recipere poteſt*[69]).

Ulpian

67) So hat Baudoza, und eben ſo Haloander. Die Florentine hingegen lieſet *deberent.* Allein jene Leſeart, mit der auch unſer Erlanger Codex übereinſtimmt, verdient unſtreitig den Vorzug. S. LEONINUS Emendation. Lib. III. Cap. 9.

68) I. e. pendente iudicio noxali. S. WYBO cit. libr. Cap. IX. pag. 143.

69) In den *Baſilic.* Tom. V. pag. 739. heißt es: *αἱ γὰρ κατᾳθέσεις τότε ἐῤῥωνται, ὅτε καὶ τῷ νόμῳ καὶ τῇ φύσει συμβαίνουσιν,* i. e.

Ulpian erläutert dieses noch *L.* 16. *D. h. t.* durch folgendes Beyspiel:

Si servus ab hostibus captus sit, de quo quis in iure interrogatus responderit, *in sua potestate esse*: quamvis iura postliminiorum possint efficere dubitare nos [70]), attamen non puto locum esse noxali actioni: quia non est in nostra potestate.

§. 1. Quanquam autem placet, etiam eum teneri, qui alienum servum suum esse fassus esset, attamen rectissime placuit, eum demum teneri, *qui suum potuit habere*. Caeterum, *qui dominium quaerere non potuit* [71]), non teneri.

Hier-

i. e. confessiones enim tunc ratae sunt, cum et iuri et naturae consentaneae sunt.

70) So lieset die Florentine und Baudoza. Haloander hingegen hat: *quamvis iure postliminium possit interim nos efficere dubitare.* Dieser Leseart giebt vorzüglich AUGUSTINUS Emendation. Lib. I. cap. 2. seinen Beyfall. Der Erlanger Codex hat für *efficere*, interim reficere, welches aber gar keinen Sinn hat. Die florentinische Leseart ist wohl hier die richtigste, für welche noch insbesondere das Zeugniß des Scholiasten ad *Basilica* Lib. XLII. Tit. 4. Tom. V. pag. 744. not. c. spricht, welcher hier folgende Bemerkung macht: Εἰ γὰρ καὶ τὸ δίκαιον τοῦ ποςλιμινίου ποιεῖ ἀμφιβάλλειν ἡμᾶς, μήποτε ὀφείλομεν κατέχεσθαι ὑπὲρ αὐτοῦ, ὅμως ἤρεσεν μὴ κατέχεσθαί με τῇ νοξαλίᾳ· ἐπειδὴ μὴ ἐςιν ὑπὸ τὴν χεῖρά μου. i. e. *Quamvis enim ius postliminii possit efficere dubitare nos, numquid pro eo teneamur, tamen placuit, me noxali non teneri, quia in potestate mea non est.*

71) Accursius giebt hier ein erbauliches Beyspiel zur Erläuterung: *Si Iudaeus mancipium christianum suum esse respondit.* Sicher hätte sich der große Ulpian hierüber halb tod gelacht!

Hiermit ist noch die *L. 23. §. fin. D. ad Legem. Aquil.* zu verbinden, wo Ulpian sagt:

Si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse, et postea paratus sit ostendere, hominem vivum esse; *Iulianus* scribit, cessare Aquiliam: quamvis confessus sit se occidisse. Hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere, eum occidisse. Caeterum occisum esse hominem a quocunque oportet.

Eben dieses gilt auch in dem Falle, wenn der Nichtantwortende zur Strafe seines Ungehorsams als Geständiger behandelt wird. Hieraus erklärt sich die so sehr mißverstandene *L. 12. pr. D. h. t.* wo Paulus sagt:

Si filius, qui abstinuit se paterna hereditate, in iure interrogatus responderit, *se heredem esse*, tenebitur: nam ita respondendo, *pro herede gessisse videtur*. Sin autem filius, qui se abstinuit, *interrogatus tacuerit*, succurrendum est ei: *quia hunc, qui abstinuit, Praetor non habet heredis loco.*

Cujaz [72]) giebt uns von dieser Stelle folgende Erklärung: „Filium, qui patri suus heres extitit, beneficio Praetoris si abstinuerit se hereditate paterna, et postea interrogatus apud Praetorem, an patri defuncto heres esset, responderit, se heredem esse, PAULUS ait in *L. 12. h. t.* ex suo mendacio teneri in solidum, perinde atque si pro herede gessisset, non abstinuisset se. Non dicit, eum, qui semel abstinuit se, postea pro herede gerere, quae variatio etiam

ron

72) Observation. Lib. XXII. cap. 27.

non admittitur, sed eum, qui post abstentionem apud Praetorem respondit, se heredem esse, perinde teneri, ac si se non abstinuisset, sed pro herede gessisset; teneri ex sua responsione, ex suo mendacio. — Qui enim apud Praetorem post abstentionem dixit, se heredem esse, Praetori mentitus est, quia Praetori non est heres."

„An idem dicemus, si interrogatus apud Praetorem, *an heres esset*, tacuerit, ut scilicet teneatur in solidum? quod videtur, quia in ea causa est, ut *negasse* videatur. *L.* 11. §. 4. *et* 7. *D. h. t.* Filius enim, qui se abstinet hereditate paterna, et interrogatus, an heres sit, tacet, *negasse videtur se heredem esse;* quod quia falsum est, iure enim civili heres manet, etiam qui abstinuit se, ideo in solidum teneri videtur. At recte PAULUS ait, ei succurrendum esse, ne teneatur, quia et si taciturnitas eius *pro negatione* habeatur, verum est, apud Praetorem eum heredem non esse. Praetori itaque non mentitur, qui apud eum interrogatus, posteaquam se abstinuit, an heres sit, tacet, quod est tacendo negat."

„At idem, qui se abstinuit, si apud Praetorem adfirmet, se heredem esse, sane Praetori mentitur, et ideo hic tenetur in solidum, ille non item."

Allein der große Cujaz scheint mir die Sache aus einem ganz falschen Gesichtspunct angesehen zu haben. Wenn ein suus heres, der sich von der väterlichen Erbschaft losgesagt hatte, nachher dennoch den Gläubigern auf ihr Befragen vor Gericht antwortet, er sey Erbe sei-

nes

nes Vaters, wie kann man diese Aeußerung für eine Lüge erklären? Das Gesetz sagt ja kein Wort davon; sondern setzt den Grund, aus welchem nun der Interrogatus den Gläubigern hafte, darin, *quod*, *ita respondendo*, *pro herede gessisse videatur*. Und dies ist auch ganz richtig, denn einem suus heres, welcher abstinirt hatte, war es ja nach dem ältern Recht noch immer erlaubt, die Erbschaft, von welcher er sich losgesagt hatte, wieder zu übernehmen, so lange die Güter noch nicht veräußert waren, und er bedurfte, um die Erbschaft wieder zu erhalten, nicht einmal der Restitutions-Wohlthat [73]). Mit Recht haftete also der suus heres aus seiner Antwort, er sey Erbe seines Vaters, den Gläubigern, weil seine Erklärung nicht dem Recht entgegenstritte, sondern vielmehr als gesetzmäßig und also mit Recht pro herede gestione angenommen werden konnte. *Etenim quamquam eum*, sagt **Anton Faber** [74]), *qui se abstinet, non habet Praetor heredis loco, id tamen intelligi debet, quamdiu se abstinet, non etiam, si post abstentionem rursus velit se immiscere, ac pro herede gerere. Permittitur enim illi, ut post abstentionem se immisceat, sive maior sit, sive minor, quamdiu omnia sunt integra, necdum vendita sunt bona.*

Ganz anders verhielt sich die Sache, wenn der suus heres, welcher abstinirt hatte, dem Gläubiger, der ihn fragte, ob er Erbe sey, nicht antwortete. Hier konnte der Prätor den Schweigenden nicht als Geständigen oder Be-

 jahen-

73) *L. 8. D. de iure delib. L. ult. Cod. de repud. vel abstin. hered.* S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Diss. de suo herede ab hereditate se abstinente Cap. II. §. 17. (in *Electis iuris civ.* Tom. I. Exercit. IV. pag. 115. sq.)

74) Rational. in Pandect. ad h. L.

jahenden behandeln, weil er sonst mit sich selbst im Widerspruch gewesen wäre, da er den suus heres, welcher einmal abstinirt hatte, in Absicht auf die erbschaftlichen Lasten, nicht mehr für einen Erben hielt. Er konnte aber auch eben so wenig als ein Läugnender angesehen werden. Denn sonst hätte dem Fragenden der Beweiß des Gegentheils müssen aufgelegt werden. Wie hätte denn aber derselbe beweisen können, daß der Befragte Erbe geworden sey, da dieser von der Erbschaft abstinirt hatte? Der Befragte konnte also hier aus seinem Stillschweigen auf keine Weise verbindlich werden. Diesen richtigen Sinn unsers Fragments bestätigen auch die Basiliken[75]), in welchen es so lautet. Ὁ ἀποστὰς τῆς αὐτοῦ πατρὸς κληρονομίας, ἐὰν ἐν δικαστηρίῳ ἐρωτηθεὶς εἴπῃ κληρονομεῖν, ἐνέχεται: δοκεῖ γὰρ διὰ τούτου χειρίσαι τὰ τῆς κληρονομίας. εἰ δὲ σιωπήσῃ, οὐκ ἐνέχεται. i. e. *Si filius, qui abstinuit, se paterna hereditate; in iure interrogatus, responderit, se heredem esse, tenetur: nam ita pro herede gessisse videtur: sin autem tacuerit, non tenetur.*

3) Aus dem Vorigen ergiebt sich weiter, daß bey der actio interrogatoria alles auf den Beweis der Hauptklage ankam. Konnte diese nicht bewiesen werden, oder standen dieser peremtorische Einreden entgegen, so konnte den Beklagten auch seine falsche Antwort nicht verdammen, etwas zu bezahlen, was der Kläger nicht zu fordern hatte. Wenn also der Klage die exceptio pacti de non petendo, oder exceptio rei iudicatae, oder die exceptio praescriptionis entgegenstand, so konnte sich auch derjenige, welcher aus seiner Antwort belangt wurde, dieser Einreden

75) Tom. V. pag. 738.

den bedienen, welche der wahre Beklagte würde opponirt haben. Denn er lud durch sein Geständniß die fremde Klage auf sich. Quae cum alio actio esset, sagt Paulus[76], *in nosmeti confessione nostra conferemus*. Hieraus leitet er nun *L.* 12. §. 1. *D. h. t.* die ganz richtige Folge her:

Exceptionibus, quae institutis in iudicio contra reos actionibus opponuntur, etiam is uti potest, *qui ex sua responsione convenitur*: veluti pacti conventi, rei iudicatae et caeteris.

4) Man behauptet fast allgemein, daß sich die actio interrogatoria auf einen Quasi-Contract gründe[77]). Dafür soll Frage und Antwort gelten. Denn der Befragte werde blos aus seiner Antwort verbindlich, er möge die Wahrheit gesagt, oder gelogen haben. Alle berufen sich auf den Ausspruch Ulpians *L.* 11. §. 9. *D. h. t.* welcher sagt:

Qui interrogatus responderit, sic tenetur, *quasi ex contractu obligatus, pro quo pulsabitur*, dum ab adversario interrogatur. Sed et si a Praetore fuerit interrogatus, nihil facit Praetoris auctoritas: sed ipsius responsum, sive mendacium.

76) *L. 13. D. h. t.*

77) S. NOODT Comm. ad Dig. h. t. pag. 252. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXXI. §. 9. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. HEINECCIUS in Opuscul. postum. de histor. Edictor. pag. 520. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 9. WYBO cit. libr. Cap. I. pag. 19. et Cap. V. pag. 84. HOMMEL cit. Progr. pag. 11. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. I. §. 244. nr. IV. u. a. m.

Nur Joh. Ortwin Westenberg [78]) verwirft diese Meinung, und Christ. Gottl. Hübner [79]) nimmt eine conventio tacita zum Grunde an. Allein offenbar redet das Gesetz von einem solchen Falle, da Jemand wegen eines geschlossenen Contracts befragt worden, und der Befragte dieses bejahet hat, ohnerachtet er den Contract wirklich nicht geschlossen hatte. Blos in diesem Falle wird er durch seine lügenhafte Antwort eben so verbindlich, als ob er den Contract wirklich geschlossen hätte. So versteht diese Stelle auch Anton Faber [80]). Der Beweis für die Richtigkeit dieser Erklärung liegt erstens in dem Gesetz selbst. Denn darin wird gesagt, es sey gleichviel, ob derjenige, welcher aus seiner Antwort belangt wird, vom Prätor oder vom Gegner gefragt worden sey, der Grund sey in dem einem Falle, wie in dem andern derselbe, nämlich *responsum sive mandacium interrogati*. Wie konnte denn nun die vom Prätor geschehene Frage einen Quasi-Contract bewirken? Für jene Erklärung sprechen zweytens die Basiliken [81]), in welchen unsere Stelle folgendermaßen lautet: Ὁ ἐρωτηθεὶς καὶ ἀποκρινόμενος ἐνέχεται ὡς ἀπὸ τοῦ πρωτοτύπου συναλλάγματος. Ἡ ἐρώτησις τοῦ Πραίτωρος οὐδὲν ποιεῖ· ἀλλ' ἡ ἀπόκρισις, ἢ τὸ ψεῦδος αὐτοῦ τοῦ ἀποκρινομένου. i. e. *Qui interrogatus responderit, tenetur quasi ex principali contractu. Interrogatio Praetoris*

78) De causis obligationum Dissertat. II. §. 24—26. in *Operib.* a IUNGIO edit. Tom. I. Sect. II. pag. 79.

79) De natura obligationum, quae quasi ex contractu et quae quasi ex delicto nasc. Conjectur. Cap. III. pag. 35.

80) Rational. in Pandect. ad h. L. Tom. II. P. II. pag. 498.

81) Tom. V. Lib. XLII. Tit. 4. pag. 737.

toris nihil facit, sed responsum, vel mendacium respondentis. Hierzu kommt drittens, daß aus einem Quasi-Contract eine eigene und Hauptklage entsteht. Es kann daher keine Verbindlichkeit quasi ex contractu hergeleitet werden, welche keine neue, eigene und Hauptklage, sondern nur eine actio adjectitiae qualitatis hervorbringt [82]). Nicht zu gedenken, daß nur aus erlaubten Handlungen obligationes quasi ex contractu entstehen [83]), und also aus einem mendacio oder contumacia wohl nicht füglich hergeleitet werden können. Endlich bestärkt unsere Erklärung auch die Leseart, welche Haloander und Baudoza haben, bey denen es heißt: *quasi ex contractu* EIUS *obligatus, pro quo pulsabatur, dum ab adversario interrogaretur.* Nach dieser richtigern Leseart ist hier offenbar von einem Contract die Rede, den ein Anderer geschlossen hat, und aus welchem der Befragte nun, weil er ihn durch seine Antwort zu dem seinigen gemacht hat, jetzt eben so belangt werden kann, als ob er ihn wirklich geschlossen hätte, so wie es bey einer actio adjectitiae qualitatis der Fall ist.

5) Sofern der Beklagte durch seine Antwort eine fremde Klage auf sich lud, wurde zwar der wahre Beklagte dadurch von des Klägers Anspruche befreyet; jedoch galt dies nur hauptsächlich bey Noxalklagen, bey welchen der wahre Besitzer nicht aus seiner eigenen Handlung, sondern aus einem fremden Factum belangt wird. Hier befreyte derjenige, welcher mit der actione interro-

82) S. HÜBNER Cit. Conjectur. de natura obligation. quae quasi ex contr. nasc. Cap. III. pag. 37.

83) Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 9. S. 19.

gatoria, als vorgegebener Eigenthümer, in Anspruch genommen wurde, den wahren Besitzer. Sofern es hingegen auf eine eigene Handlung des Beklagten ankam, auf welche die Klage gegründet werden mußte, z. B. ob Jemand Erbe eines Verstorbenen geworden sey, so wurde der wahre Beklagte nicht befreyt, wenn gleich der deshalb vor Gericht Befragte die Handlung desselben durch die falsche Antwort, er sey der Auctor, auf sich genommen hatte. War die fremde Handlung eine unerlaubte, so trat noch der besondere Grund hinzu, daß die That bey dem wahren Urheber nicht ungestraft bleibe[84]). Hätte jedoch der Befragte nur darum falsch geantwortet, um den wahren Auctor zu vertheidigen, und seine Geschäfte geriren zu wollen; oder auch weil er einen Auftrag dazu erhalten hatte; so würde sich der wahre Auctor mit einer Exception schützen können, wenn er etwa auch noch belangt werden sollte. Denn er muß ja nun seinen Defensor oder Mandatar entschädigen, wenn dieser actione negotiorum gestorum oder mandati gegen ihn klagt. Paulus faßt alles dieses in folgender Stelle zusammen.

L. 20. *pr. D. h. t.* Qui servum alienum responderit *suum esse*, si noxali iudicio conventus sit, dominum liberat: aliter atque si quis confessus sit, *se occidisse servum*, quem alius occidit; vel si quis responderit, *se heredem*: nam his casibus non liberatur, qui fecit, vel qui

84) Es war überdem hier auch eine ganz verschiedene causa obligationis vorhanden. Der Befragte haftete aus seiner Antwort mit der actio interrogatoria, der andere als wahrer Urheber aus seiner unerlaubten Handlung mit der actio Legis Aquiliae directa. S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 20. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 509 sq.

qui heres est. Nec haec inter se contraria: nam superiore casu ex persona servi duo tenentur [85]), sicut in servo communi dicimus, ubi altero convento, alter quoque liberatur. At is, qui confitetur *se occidisse*, vel *vulnerasse*, suo nomine tenetur: nec debet impunitum esse delictum eius, qui fecit, propter eum, qui respondit: nisi *quasi defensor* eius, qui admisit, vel *heredis*, *litem subiit hoc genere* [86]), tunc enim in factum exceptione data, summovendus est actor, quia ille negotiorum gestorum vel mandati actione recepturus est, quod praestitit. Idem est in eo, qui mandatu heredis, *heredem se esse*, respondit, vel cum eum alias defendere vellet [87]).

Jedoch

85) Cod. Erlang. hat *non tenentur*. Eben so Baudoza. Allein die Florentinische Leseart hat die Auctorität der Basiliken für sich. In diesen heißt es Tom. V. Lib. XLII. Tit. 4. pag. 740. *οἱ δύο γὰρ ἐκ προσώπου τοῦ οἰκέτου κατεχόμεθα, ὡς ἐπὶ κοινωνῶν.* i. e. *duo enim ex persona servi tenemur, sicut in servis communibus.*

86) *Hoc genere* heißt hier soviel als hoc modo, wie Scip. GENTILIS Parergor. ad Pandect. Lib. I. cap. 15. pag. 38. (*Altdorfii 1664. 8.*) und in Ev. OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. IV. pag. 1288.) aus mehreren Stellen erwiesen hat.

87) Statt einer erläuternden Paraphrase kann hier die Erklärung des griechischen Scholiasten ad *Basilica* Tom. V. pag. 745. dienen, welcher not. g. nach Fabrots Uebersetzung sagt: *Qui servum alienum suum esse responderit, noxali actione eius nomine conventus, verum dominum actione liberat. Aliud est, si quis dixerit, se occidisse servum, quem alius occidit: vel si quis, cum alius heres esset, se heredem esse confessus sit. Hic enim non liberatur, qui revera occidit, aut verus heres est.*

Nec

Jedoch kam es immer noch darauf an, in wiefern der aus seiner Antwort als vorgeblicher Auctor belangte den Kläger zu befriedigen im Stande war[88]). Denn konnte derselbe von dem falschen Auctor keine Bezahlung erhalten, so blieb ihm der Billigkeit wegen die Klage gegen den wahren Auctor unbenommen[89]). Dies lehrt uns Julian *L.* 18. *D. h. t.* wo er sagt:

Qui ex parte dimidia heres erit, cum absentem coheredem suum defendere vellet, ut satisdationis onus evitare possit[90]), respondit, *se solum heredem esse*, et

Nec inter se hae species contrariae sunt: cum enim alienum servum meum esse dico, quoniam ego, qui falso respondi, eum servum meum esse, et verus eius dominus, ex persona servi convenimur, dominum eius libero: nam et in duobus servi dominis, quia singuli servi nomine tenentur, uno convento in solidum, alter liberatur. At is, qui dicit se occidisse, aut vulnerasse, quem alius occidit, aut vulneravit, suo nomine tenetur: et merito eum, qui revera occidit, non liberat, sicut et qui se heredem dicit, suo nomine tenetur: et ideo verum heredem non liberat. Interdum autem et hi eum, qui revera occidit, aut verum heredem liberant, si quasi defensores eius, qui admisit, litem subierint: nam si postea occisor aut verus heres conveniatur, exceptione in factum actionem repellent, ita concepta: at si non is agat, qui contra me actionem negotiorum gestorum vel mandati habet, per quam a me repetere potest, quae tibi pro me solvit.

88) *L.* 26. §. 3. *D. de noxal. action. L.* 23. *D. de solut. L.* 10. §. 1. *D. de in rem vers.* G. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. XXXI. §. 9.

89) G. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11.

90) Denn wer einen Beklagten namentlich vor Gericht vertheidiget, muß das onus satisdationis *iudicatum solvi* übernehmen.

et condemnatus est: quaerebat actor, cum ipse solvendo non esset, an, rescisso superiore iudicio, in eum, qui revera heres erat, actio dari deberet? *Proculus* respondit, *rescisso iudicio posse agi. Idque est verum*[91]).

6) Die actio interrogatoria war auch dann begründet, wenn gleich nur der Procurator für seinen Principal geantwortet hatte. Denn auch der Sachwalter kann in der Rechtssache seines Principals von dem Gegner desselben befragt werden, und er ist schuldig, über alle die Puncte vor Gericht Red und Antwort zu geben; über welche auch der Principal befragt werden konnte. Hat er jedoch falsch geantwortet, oder aus Ungehorsam nicht geantwortet, so macht er zwar sich dem Gegner verbindlich[92]), allein dem Principal präjudicirt er dadurch nicht[93]). Es gehören hierher folgende Stellen.

L. 39.

91) War also der aus seiner falschen Antwort in Anspruch genommene Interrogatus im Stande, die Schuld dem Gläubiger zu bezahlen, so hatte gegen den wahren Erben keine Klage weiter Statt, wenn jener auch dem Judicat noch kein Genüge geleistet hatte. S. POTHIER Pandect. Iustin. h. t. Nr. IX. not. f. Tom. I. pag. 328.

92) Er haftet dem Gegner auch noch insonderheit ex stipulatione iudicatum solvi, tanquam de re non defensa. S. *Hub.* GIPHANII Lectum Altorfinae ad h. L. pag. 38. not. 3. et 4.

93) Anderer Meinung ist zwar *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. 39. D. de Procurat. T. I. p. 335. und zwar aus dem Grunde: *quia procuratoris sui factum improbare nemo potest in eo, quod procurator tanquam procurator facere coactus fuit, ne alioqui decipiatur, qui cum procuratore in iudicio, aut, quod plus est, in iure apud Praetorem quasi contrahit.* Allein die

Folgen

L. 39. pr. D. de Procurator. Non solum autem in actionibus, et interdictis, et in stipulationibus debet dominum defendere, verum in interrogationibus quoque, ut in iure interrogatus ex omnibus causis respondeat, ex quibus dominus. *An igitur heres sit absens* [94]), respondere debebit: et, *si responderit, vel tacuerit, tenebitur.*

L. 9. §. 4. D. h. t. *Celsus* libro 5. Digestorum scribit: Si defensor in iudicio interrogatus, *an is, quem defendit, heres, vel quota ex parte sit*, falso responderit: ipse quidem defensor adversario tenebitur; ipsi autem, quem defendit, nullum facit praeiudicium. Veram itaque esse *Celsi* sententiam, dubium non est.

7) Die actio interrogatoria kann blos eine adjectitia qualitas von Personalklagen seyn. Bey Realklagen findet sie nie Statt. Zwar können interrogationes in iure auch bey Realklagen vorkommen, um den Besitzer bey der Rei-

vindi-

Folgen eines Verschuldens dürfen immer nur denjenigen treffen, der es begieng. Daher kann auch das Verschulden des Anwalts der Parthey nicht zum Schaden gerechnet werden. S. Gönners Handbuch des teutschen gemeinen Prozesses. 1. B. Nr. XXI. §. 15. S. 456.

94) Es ist hier von keiner Abwesenheit, sondern von der Qualität der Person die Frage, gegen welche die Klage angestellt werden sollte. Unter *absens* ist also hier der Principal oder Eigenthümer des Rechtsstreits zu verstehen, und der Sinn der Worte ist, der Procurator müsse auf die Frage Antwort geben, ob sein Principal Erbe sey. Die Worte sind nur nicht in in der gehörigen Ordnung zusammengestellt. Es sollte heißen: *An igitur absens sit heres*, etc. Eine solche Synchisis ist in den Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten nicht ungewöhnlich. S. WYBO de interrogat. in iure. Cap. III. pag. 34.

vindication auszumitteln, wie schon bey einer andern Gelegenheit[95]) gezeigt worden, oder um im Falle einer anzustellenden Erbschaftsklage zu erfahren, ob der Beklagte pro herede oder pro possessore, oder titulo singulari besitze[96]). Es kann auch bey den Realklagen das vorsätzliche Abläugnen des Besitzes die Strafe des Verlusts desselben zur Folge haben, wie ebenfalls schon an einem andern Orte[97]) vorgekommen ist; ja daß derjenige, welcher sich muthwillig für den Besitzer ausgiebt, der er doch nicht ist, und hierdurch die Gefahr eines Rechtsstreits auf sich ladet, welchen er hätte abwenden können, wegen seines dolus als Besitzer hafte, ist eine bekannte Rechtswahrheit[98]). Allein in allen diesen Fällen ist keine actio interrogatoria nöthig, sondern hierauf geht schon die actio in rem, welche sowohl gegen dem wahren als fingirten Besitzer angestellt werden kann. Mit Unrecht läugnen daher viele[99]) den Gebrauch der Interrogationen bey den dinglichen Klagen überhaupt, deren Meinung Stryk[100]) und Aemil. Lud. Hombergk

311

95) Siehe des 8. Theils 1. Abth. §. 586. S. 196. Man vergleiche auch *Ulr.* HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. §. 1. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 2. und *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. XXXI. Th. 4.

96) *L. 11. Cod. de petit. heredit.*

97) Siehe den 8. Theil dieses Commentars S. 201.

98) *L. 13. §. 13. D. de heredit. petit.*

99) STRUV in Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 41. FRANTZKE Comm. ad Dig. h. t. nr. 4—8. BOECKELMANN Commentar. in Dig. h. t. §. 2. BRANCHU Observat. ad ius Rom. Cap. XV. pag. 89. not. *) und besonders WYBO cit. libr. Cap. VIII.

100) Us. mod. Pandect h. t. §. 28.

zu Vach[1]) hinlänglich widerlegt hat. Callistratus sagt zwar freylich *L. 1. pr. D. h. t.*

Est autem interrogatio tunc necessaria, *cum in personam sit actio*, et ita si certum petatur.

Allein, ohne deshalb diesen Römischen Juristen mit Hommel[2]) eines turpis mendacii bezüchtigen zu dürfen, so lehrt ja der ganze Zusammenhang, daß die Meinung des Callistratus nur dahin gehet, nur bey persönlichen Klagen sey die Interrogation nöthig, wenn bey denselben eine actio interrogatoria begründet werden soll. Eben so richtig als gründlich erklärt sich hierüber Anton Faber[3]), wenn er sagt: Est quidem necessaria interrogatio etiam in actione in rem, sed non illa, *an adversarius heres sit*, *aut pro qua parte*, de qua potissimum a Praetore propositum est hoc Edictum, sed illa tantum, *an possideat*, *nec ne*, et pro qua parte. Nihil enim commune habet actio in rem cum qualitate et iure heredis, siquidem non habet aliam causam, quam *praesentem possessionem*, nec adversus alium datur, *quam adversus possidentem.* Hiermit stimmt auch der griechische Scholiast der Basiliken[4]) überein, welcher nach Fabrots Version sagt: *Est autem interrogatio tunc necessaria, cum personalem actionem intendere volo, et certum petere: nam si in rem actio sit, qui adversus possessorem agit, eius mentionem facit:*

1) Diss. de oblatione ad litem §. 18.

2) Progr. cit. de interrogat. in iure faciend. pag. 19.

3) Rational. in Pandect. ad L. 1. pr. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 485. sq.

4) Tom. V. pag. 741.

facit: (μέμνηται ἐνάγων τοῖς νεμομένοις αὐτοῦ.) *et cum incerta actio est, incertae quantitatis mentione facta, non est necesse scire, qua ex parte heres sit.* Endlich ist noch

8) zu bemerken, daß die actio interrogatoria nur dem Fragenden zu statten kommt; ein Dritter kann sich derselben auch nicht einmal utiliter bedienen, wenn er sich auch mit dem Fragenden in gleicher Lage befinden sollte. Der Grund hiervon ist, wie Voet[5]) ganz richtig sagt, die bekannte Regel: *quod res inter alios acta aliis nec prodest nec nocet*[6]). Hiernach entscheidet Scävola *L. ult. D. h. t.* welche Stelle schon oben (S. 256.) erklärt worden ist. Sofern die actio interrogatoria blos durch eine Lüge des Befragten oder durch desselben Ungehorsam begründet wird, geht sie auch nicht auf die Erben, wenn nicht schon lis bey Lebzeiten der Partheyen contestirt war[7]).

II. Die Interrogationen konnten jedoch nach der römischen Gerichtsordnung nicht nur von den Partheyen vor Gericht geschehen, sondern sie konnten auch von dem Prätor selbst an die Partheyen gemacht werden[8]). Denn jedem Richter muß selbst daran gelegen seyn, daß der Prozeß nicht vergeblich geführt werde. Daher sagt Ulpian *L. 9. §. 1. D. h. t.*

Inter-

5) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 10.

6) *L. 63. D. de re iudicata.*

7) *L. 26. §. 5. D. de noxal. action.* HOMMEL cit. Programm. pag. 13.

8) S. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disput. 23. Th. 2. und WYBO de interrogat. in iure. Cap. VI. pag. 84. Ohne Grund behauptet das Gegentheil CARRACH in Exercitat. de interrogat. in iure, earumq. defectu in foris germ. §. 8.

Interrogatum non solum *a Praetore* accipere debemus, sed et ab adversario.

Hatte der Gegner schon gefragt, die Antwort aber war unzulänglich, so konnte der Prätor auf eine vollständigere Antwort dringen. Ulpian lehrt dies ebenfalls *L.* 9. §. 6. *D. eodem.* wo er sagt:

Summatim Praetor cognoscere debebit, cum quaeratur, an quis respondere debeat, quo iure heres sit: ut, *si valde interesse compererit*, *plenius responderi iubeat.*

Uebrigens hatte die Auctorität des Prätors keinen Einfluß auf die Frage. Alles kam auf die Antwort des Gefragten an, darnach richtete sich auch die actio interrogatoria; wie aus *L.* 11. §. 9. *D. h. t.* erhellet, wo es heißt:

Sed et *si a Praetore fuerit interrogatus*, nihil facit *Praetoris auctoritas*: *sed ipsius responsum*, sive *mendacium.*

Es war auch hier kein Unterschied, die anzustellende Klage mochte eine persönliche oder dingliche seyn. Z. B. bey der Reivindication konnte der Richter den Beklagten fragen, ob er die in Anspruch genommene Sache besitze[9]. Nur darin wollen viele[10]) einen Unterschied finden, daß der Richter in jedem Theile des Prozesses, und also sowohl vor, als nach der Litiscontestation an die Partheyen Fragen thun könne, so oft es die Billigkeit erfordert. Allein daß die *L.* 21. *D. h. t.*

Ubi-

9) *L.* 9. *D. de Rei vindicat.* S. den 8. Th. dieses Commentars §. 586. S. 197.

10) VOET Commentar. in Pand. h. t. §. 4. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 31.

Ubicunque iudicem aequitas moverit, *aeque oportere fieri interrogationem*, dubium non est;

eine ganz andere Beziehung habe, ist schon an einem andern Orte[11]) gezeigt worden.

§. 746.

Heutiger Gebrauch der Interrogationen und der interrogatorischen Klagen.

Ueber den heutigen Gebrauch dieser Rechtslehre sind die Rechtsgelehrten nicht einerley Meinung. Einige[12]) läugnen denselben schlechterdings. Sie glauben, daß schon längst zu Justinians Zeiten sowohl die Interrogationen, als die actiones interrogatoriae außer Gebrauch gewesen wären, seitdem unter Theodos II. und Valentinian III. die alten Formeln im Prozeß abgeschafft worden sind[13]); und Tribonian habe diesen Titel darum in die Pandecten aufgenommen, um seinem Auftrage, das alte Recht aus den Schriften der Röm. Rechtsgelehrten in den 50 Büchern der Pandecten zusammen zustellen, ein Genüge zu leisten. Andere[14]) hingegen unterscheiden zwischen den Interrogationen und interrogatorischen Klagen. Nur letztere seyen aufgehoben, erstere hingegen hätten noch jetzt ihren Nutzen. Noch

11) S. Not. 27. S. 251.

12) *Io. Phil.* CARRACH Exercit. iur. de interrogat. in iure earumque defectu in foris germ. §. 10. Dan. Nettelbladt Versuch einer Anleitung zur ganzen pract. Rechtsgelahrtheit §. 221. und Danz Grundsätze des ordentl. Prozesses §. 74. Not. c. S. 189. der Gönnerschen Ausgabe.

13) *L. 2. C. de form. et impetrat. action. sublat.*

14) VOET h. t. §. 4. HOMMEL cit. Progr. pag. 26.

Noch andere behaupten [15]), die actiones interrogatoriae wären zwar nicht aufgehoben, sondern auch noch zu Justinians Zeiten im Gebrauche gewesen. Allein sie seyen nicht mehr nothwendig, und kämen daher jetzt seltener vor. Dies sey der Sinn der bestrittenen Stelle des Callistratus, *L.* 1. § 1. *D. h. t.*

Interrogatoriis actionibus *hodie non utimur*, ideoque *minus frequentantur.*

Es erhelle dieser Sinn aus den nachfolgenden Worten:

Sed tantummodo ad probationes litigatoribus *sufficiunt* ea, quae ab adversa parte expressa fuerint apud iudices.

In Absicht auf den Gebrauch der Interrogationen unterscheiden einige [16]) zwischen solchen, die ehemals von dem Kläger noch vor der Anstellung der Klage geschehen konnten, um darnach die Klage einzurichten, und zwischen solchen, welche nach entstandenem Prozeß geschehen, um sich den Beweis zu erleichtern. Erstere seyen aufgehoben. Der Beklagte könne also nun nicht mehr vor Anstellung der Klage von dem Kläger gefragt werden, nämlich, wie ehemals, zu dem Zweck, um eine Klage auf die Antwort oder Nichtantwort des Beklagten zu gründen. Deswegen fielen auch jetzt die interrogatorischen Klagen weg. Denn nun sey der Beklagte auf eine solche Frage auch vor Gericht

15) *Franc.* DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 43. und Bach in der unpartheyischen Critic über jurist. Schriften. 1. B. 6. St. S. 526.

16) *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. XXXI. Th. 10. *Ulr.* HUBER Praelection. ad Pand. h. t. §. 3.

richt nicht mehr zu antworten schuldig, sondern der Kläger müsse jetzt selbst sehen, wie er die Klage einzuleiten und anzustellen habe. Nur in dem letztern Fall, nämlich nach der Litiscontestation, wären noch dem Kläger Fragen an den Beklagten erlaubt, und die Antworten könnten ihm sodann Statt des Beweises dienen. So, glauben sie, seyen die Worte des Callistratus zu verstehen, wenn er *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* sagt:

Interrogatoriis actionibus hodie non utimur, *quia nemo cogitur ante iudicium de suo iure aliquid respondere*, — sed tantummodo *ad probationes* litigatoribus sufficiunt ea, *quae ab adversa parte expressa fuerint apud iudices.*

Uebrigens wären die vorigen Strafen nicht aufgehoben, wenn der Beklagte auf die Frage gar nicht, oder vorsätzlich der Wahrheit zuwider geantwortet hätte.

Noch andere[17]) glauben den Sinn der angeführten L. 1. auf die Art am richtigsten getroffen zu haben, wenn sie zwischen solchen Interrogationen unterscheiden, welche dazu dienten, um sich gegen den Befragten eine Klage zu verschaffen, die sonst gegen ihn nicht Statt gefunden hätte, und zwischen solchen, die nur zur mehreren Begründung einer schon zuständigen Klage dienten. Die ersten wären nebst den davon abhängigen interrogatorischen Klagen abgeschafft, die letztern aber seyen noch heutigen Tages im Gebrauch.

Zuletzt versuchen einige[18]) der dunkeln Stelle noch dadurch Licht zu verschaffen, daß sie zwischen präpara-

17) STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 10. sqq.

18) THIBAUT Syst. des Pand. Rechts. 3. Th. §. 1262.

torischen Interrogationen, welche blos zur Einleitung der Klage dienten, und entscheidenden, welche direct den Grund der Klage betreffen, unterscheiden. Auf eine bejahende Antwort der letztern hätte sonst, wie auf ein Urtheil, eine sogenannte actio interrogatoria gegründet werden können. Diese wären aufgehoben. Das neuere Recht erlaube blos die präparatorischen Interrogationen.

Allein alle diese Erklärungen und Meinungen lassen wichtige Zweifel zurück.

1) Wäre die *L.* 1. §. 1. *h. t.* wirklich so zu verstehen, daß die actiones interrogatoriae nicht mehr im Gebrauche sind, und hätte dies schon Callistratus von seinen Zeiten gesagt; so ist unbegreiflich, wie sich dennoch **Ulpian, Paulus, Cajus, Javolen, Pomponius, Julian, Papinian** und **Scävola**, deren Fragmente in diesem Titel enthalten sind, haben die Mühe geben mögen, von einer obsoleten Sache so weitläuftig zu handeln, da es doch sonst Maxime derselben ist, nur solche Materien in ihren Schriften zu erörtern, welche besonders einen frequenten Gebrauch in den Gerichten hatten. Wollte man aber auch diese Stelle mit **Wissenbach** für ein Emblem des **Tribonians** halten, wie reimt sich damit zusammen, wenn dennoch **Tribonian** eine solche Menge von Fragmenten aus den Schriften der Römischen Rechtsgelehrten in die Pandecten aufnahm, in welchen von dem Gebrauche der Interrogationen und der interrogatorischen Klagen gehandelt wird, wenn dies alles blos Antiquität gewesen wäre? **Justinian** hatte ja in seiner Proömial-Constitution *Deo auctore*, de conceptione Digestorum ad Tribonianum §. 10. den Verfassern seiner **Pandecten** ausdrücklich vorgeschrieben:

Si

Si quae leges in veteribus libris positae, iam in desuetudinem abierunt: nullo modo vobis easdem ponere permittimus: *cum baec tantummodo obtinere volumus, quae vel iudiciorum frequentissimus ordo exercuit, vel longa consuetudo huius almae urbis comprobavit.*

Dieser Vorschrift würde ja Tribonian geradezu entgegen gehandelt haben.

2) Die Gründe, warum man die Interrogationen vor Gericht vor Anstellung der Klage für nöthig hielt, nämlich *ne actor plus petendo aliquid damni sentiat*, und *quia plerumque difficilis est aditae hereditatis probatio*, haben auf die Abschaffung der ehemaligen Klagformeln nicht die mindeste Beziehung, und behaupten noch jetzt ihr vollkommenes Gewicht.

3) Der Unterschied zwischen Interrogationen vor der Litiscontestation und denen, welche nach derselben geschehen können, ist eben so ungegründet, als der zwischen präparatorischen und entscheidenden unerweißlich ist. Alle Interrogationen dienten ihrem Zweck nach blos zur Einleitung der Klage, und waren adiectitiae qualitates derselben, und nie konnte auf eine bejahende Antwort, wie auf ein Urtheil, eine actio interrogatoria gegründet werden. Man vermischt hier offenbar das Edict des Prätors de confessis, mit dem Edict de interrogationibus in iure, wie Wybo[19]) schon längst gegen Treutler erinnert hat. Eben so ungegründet ist

4) der Unterschied zwischen Interrogationen zur Zubereitung einer Klage, die sonst der Kläger nicht gehabt

 hätte,

19) Cit. libr. Cap. I, pag. 4. Man sehe auch SCHILTERI Prax. iur. Rom. Exerc. XXI. §. 7.

hätte, und denen zur Begründung einer zuständigen Klage. Eine Klage mußte der Fragende allemal haben. Der Befragte konnte sich nur solche durch seine falsche Antwort zuziehen, die er sonst nicht oder nicht in der Art, als nun geschehen kann, zu übernehmen schuldig gewesen wäre, wie schon oben gezeigt worden ist.

5) Wollte man den heutigen Gebrauch der actionum interrogatoriarum läugnen, so würde man mit eben so viel Grund auch den heutigen Gebrauch der übrigen actionum adiectitiae qualitatis des Römischen Rechts bezweifeln können. Wer wagt aber eine solche Behauptung? Oder soll etwa die oblatio ad litem bey persönlichen Klagen jetzt nicht mehr Statt haben? Dazu wäre aber gewiß so wenig Grund vorhanden, als wenn man solche bey Realklagen läugnen wollte. Ganz richtig sagt daher Stryk [20]): *Non dubito adhuc hodie, cum eadem difficultas supersit probandi aditionem hereditatis, eandem quoque iuris dispositionem obtinere, ut scilicet reus interrogatus ad respondendum adigatur, an heres, et pro qua parte sit? Imme etiam existimo, si pro maiori parte se heredem dixerit, quam revera est, ipsum ex sua confessione conveniri posse, utut heres plane non sit. Perinde enim reputatur, quam si malitiose, tanquam hereditatis possessorem, se liti obtulisset; hunc vero, tanquam verum possessorem, conveniri posse, extra controversiam est.* Kann man nun also die Wirkungen der Interrogationen nicht läugnen, wie man denn solche wirklich als noch jetzt geltend annimmt [21]); so kann man auch

20) Us. mod. Pand. h. t. §. 14.

21) Man sehe z. B. SCHULTING Thes. controvers. Decad. XXXI. §. 10. und MALBLANC in Princip. iur. Rom. P. I. §. 244. nr. IV. pag. 331.

auch mit Grund den Gebrauch der darauf sich gründenden interrogatorischen Klagen nicht bezweifeln. Erwägt man dies alles ohne Vorurtheil, so bleibe ich noch immer dabey, daß in der bestrittenen *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* nicht von den interrogatorischen Klagen die Rede sey, von welchen das Edict des Prätors spricht, und von welchen die Röm. Rechtsgelehrten in den in diesem Titel enthaltenen Fragmenten reden, weil nichts Ueberflüssiges und Obsoletes in die Pandecten aufgenommen werden sollte; sondern daß Callistratus von denjenigen interrogatorischen Klagen handele, welche vor dem Edict des Prätors im Gebrauch waren, und deren Misbräuche den Prätor veranlaßten, das Edict von den Interrogationen zu geben, wie bereits oben (S. 248.) bemerkt worden ist.

Daß auch der Richter heut zu Tage den streitenden Partheyen zur Instruction der Sache gewisse Fragen vorlegen könne, um nach Maaßgebung der erfolgten Antwort das weitere Verfahren zu bestimmen, leidet keinen Zweifel[22].

§. 747 — 749.

Heutige Positionen, deren Unterschied von Interrogationen.

Verschieden von den römischen Interrogationen sind die durch das kanonische Recht[23]) eingeführten, und durch die Reichsgesetze[24]) bestätigten Positionen oder Satzstücke[25]). Man versteht darunter kurze, in Artikels-

22) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 31.

23) *Cap. un. X. de lit. cont. Cap. 1. de Confess. in VIto. Clem. 2. de Verb. Signif.*

24) Jüngst. Reichsabsch. §. 41. u. 49.

25) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 39. sqq. und *I. H.* BOEHMER iur. eccles. Protest. Lib. II. Tit. 5. §. 8. sqq.

form[26]) gefaßte Sätze, welche derjenige Theil im Prozeß, dem die Beweisführung obliegt, über diejenige Thatumstände, auf welche der Gegentheil sich bestimmt hätte erklären können und sollen, zu dem Ende übergiebt, um von dem letztern eine bestimmte Antwort darauf zu erhalten. Nicht nur der Kläger kann sich derselben zur Erleichterung des Beweises seiner Klage bedienen, wenn der Beklagte sich nicht gehörig eingelassen hat, sondern auch der Beklagte kann sich dadurch den Beweis seiner Exceptionen erleichtern. Derjenige Theil, welcher die Positionen übergiebt, wird Ponent, der Gegentheil aber Ponat genennt. Jener muß dabey seine Ueberzeugung von der Wahrheit der Artikel durch das sogenannte *iuramentum dandorum*, dieser aber sein Läugnen durch das *iuramentum respondendorum* bestärken[27]). Beyde Eide sind daher als Eide für Gefährde zu betrachten[28]). Weigert sich der Ponat zu antworten, so wird diese Verweigerung für Einräumung der Artikel angenommen[29]). Das Einräumen selbst aber befreyt den Ponenten sodann von

26) Diese Form besteht darin, daß sie sich bey eigenen Handlungen mit Wahr, bey fremden Thatsachen aber mit Glaube wahr anzufangen pflegen.

27) S. Meyer vom iuramento dandorum et respondendorum. Göttingen 1780.

28) Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 501.

29) Man erfordert jedoch, daß dem Ponaten die Beantwortung der Satzstücke unter der Verwarnung müsse aufgegeben worden seyn, daß im Verweigerungsfalle dieselben für eingestanden angenommen werden sollen. *Cap. 2. de Confess. in 6to.* STRYK Us. mod Pand. h. t. §. 77. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4506. lit. B.

von der Beweislast, und das Abgeläugnete wird nun Gegenstand der Beweisführung [30]. Die Positionen betreffen also den Beweis in der Hauptsache, und haben Erleichterung desselben durch Bewirkung eines Geständnisses zum Zweck. Interrogationen hingegen dienen blos zur Vorbereitung und Einleitung der Klage, um nicht in der Person des Beklagten, oder im Gesuch der Klage zu irren, und sich durch Anstellung einer vergeblichen Klage, oder durch Zuvielbitten einen Nachtheil zu zuziehen. Sie geschehen also vor der Litiscontestation, die Positionen hingegen werden erst nach der Litiscontestation übergeben. Sodann haben die Positionen auch das Unterscheidende, daß sie, als ein gerichtliches Geständniß, auch wider den Ponenten immer einen vollen Beweis enthalten [31]; welches hingegen bey den Interrogationen der Fall nie seyn kann, da hier der Kläger sich bey Anstellung seiner Klage in einer Ungewisheit befindet, welche durch die Antwort des Beklagten gehoben werden soll [32].

Heut zu Tage sind die Positionen eine seltne Erscheinung in den Acten, und in vielen Prozeßordnungen sind sie ganz aufgehoben, theils weil der Streit über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit derselben die Prozesse häufig sehr verzögert, theils weil durch sie die Eide sehr vervielfältiget, und viel Meineide veranlaßt werden. Man könnte

30) STRYK c. l. §. 75. Martin im Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 307.

31) STRYK c. l. §. 69. HOFACKER c. l. §. 4506. lit. A. Danz a. a. O. §. 501. S. 752. der Gönnerschen Ausgabe. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1263.

32) STRYK h. t. §. 39.

könnte sie auch vollkommen entbehren, wenn nur die Richter, ihrer Pflicht gemäß, überall auf eine bestimmte Einlassung zu dringen, sich angelegen seyn ließen [33]). Ist nun aber freylich dieses nicht geschehen, so bleiben sie immer ein wichtiges Hülfsmittel, um die facta für den Beweis zu fixiren, und der Bosheit des Leugnens Schranken zu setzen [34]).

33) Besonders wenn von allen Richtern beobachtet würde, was die Preuß. Gerichtsordnung 1. Th. 9. Tit. bey Aufnehmung der Antwort auf die Klage dem Richter zur Pflicht macht.

34) S. BOEHMERI ius eccl. Protest. Lib. II. Tit. 5. §. 11. *Grolmans* Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. §. 178. b. S. 362.

Lib. XI.

Lib. XI. Tit. II.

De quibus rebus ad eundem iudicem eatur.

§. 750.

Zusammenhang der Sachen, und der dadurch begründete Gerichtsstand nebst seinen verschiedenen Gattungen.

Zuweilen stehen zwey oder mehrere Rechtssachen in einer solchen Beziehung auf einander, daß sie nicht füglich getrennt werden können, sondern vor dem nämlichen Richter verhandelt werden müssen, wenn sie gleich, einzeln betrachtet, einen verschiedenen Gerichtsstand haben sollten. Man pflegt dergleichen Rechtssachen *causae continentes*, und das in einander greifende Verhältniß, in welchem dieselben zu einander stehen, *continentia causarum*, Zusammenhang der Sachen, zu nennen. Dieser Zusammenhang der Sachen hat nach dem heutigen Gerichtsgebrauche die besondere Wirkung, daß dadurch ein sonst incompetenter Richter für diese Rechtssachen nun der zuständige wird, und es wird daher ein eigenes besonderes Forum dadurch begründet, welches man davon den Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen, *forum continentiae causarum*, zu nennen pflegt.

Dies ist der Gegenstand, von welchem gewöhnlich sowohl in den Lehrbüchern als Commentaren unter der Rubrik

brik dieses Titels gehandelt wird, weil es ein altes Vorurtheil ist, daß die Quelle dieser Doctrin aus dem Römischen Rechte herzuleiten sey. Man vergleiche nur z. B. einen Voet, Schilter, Huber, Frantzke, Böckelmann, und andere mehr. Allein wie sehr man hierin irrt, wird sich daraus leicht von selbst ergeben, wenn man sich zuvörderst mit der heutigen Beschaffenheit dieses Gerichtsstandes näher bekannt gemacht haben wird, und dann die Gesetze des Römischen Rechts damit vergleicht. Das Resultat wird sich dann von selbst darlegen, daß der heutige Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen aus einer unrichtigen Auslegung der römischen Gesetze durch den Gerichtsgebrauch sey eingeführt worden.

Man nimmt heutigen Tages einen doppelten Gerichtsstand des Zusammenhangs der Sachen an, nämlich den Gerichtsstand der Einheit der Sachen, (*forum continentiae causarum ex identitate*) und den Gerichtsstand der Connexität der Sachen (*forum continentiae causarum ex connexitate*)[35]). Von beyden wird in den folgenden Paragraphen gehandelt.

§. 751.

35) Es verdienen hier folgende Schriften bemerkt zu werden. *Ern. Frid.* SCHROETER Diss. de iudice competente ex causae continentia. *Ienae 1661.* *Io. Phil.* CARRACH Exercit. sistens ficilimenta de foro continentiae causarum ex identitate. *Halae 1750.* Eiusdem Exercitat. sistens ficilimenta de foro continentiae causarum ex connexitate. *Halae 1751.* *Io. Aug.* BACHII Disput. de caussis coniunctis earumque foro competente. *Lipsiae 1754.* in *Opuscul.* a KLOTZIO edit. Nr. VII. pag. 260. sqq.) *Io. Ferd. Guil.* BRANDT Disquisit. de continentia causae, quatenus praetermissis austraegis fundet iurisdictionem camerae imperii. *Wetzlariae 1754.* 4. *Achat. Car. Lud.* SCHMIDT de generibus continentiae cau-

§. 751.

I. Einheit der Sachen, und daher entstehender Gerichtsstand.

Eine Einheit der Sachen, (*Identitas causarum*) welche auch ein Zusammenhang der Sachen im eigentlichen Sinn, (*continentia causarum stricte sic dicta*) genennet wird, ist vorhanden, wenn man entweder mehrere Personen, welche verschiedene Richter in erster Instanz haben, aus demselben Klaggrunde in Anspruch nehmen, oder mehrere in verschiedenen Gerichtssprengeln gelegene Sachen von dem nämlichen Besitzer mit einer und derselben Klage fordern kann. Ein solcher Zusammenhang der Sachen aus Einheit des Klaggrundes kann also in zwey Fällen Statt finden.

1) Wenn der Rechtsstreit wider mehrere Personen zu erheben ist, welche an sich verschiedenen Gerichtsständen unterworfen, aber aus demselben Rechtsgrunde verpflichtet sind. Ein solcher Zusammenhang der Sachen wird ein persönlicher (*identitas causarum personalis*) genennt. Z. B. mehrere Erben, mehrere socii, mehrere Bürgen, oder mehrere correi sind mir aus dem nämlichen Grunde zu Etwas verbunden. Hier kann die Klage, wenn ausserdem die in Anspruch zu nehmenden mehreren Beklagten kei-

causarum genuinis. *Ienae 1754. Io Christph. Erici* SPRINGERI Commentat. de causae continentia germanica, quatenus distat a Romana, sive connexitate caussarum. *Monasterii Westphalor. 1770.* Außerdem Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 33. und HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4229. — 4233.

keinen für diesen Rechtsstreit [36]) anwendbaren gemeinschaftlichen Gerichtsstand erster Instanz haben [37]), sogleich bey demjenigen nächsten Oberrichter ungetheilt angebracht werden, zu welchem sich alle die verschiedenen Richter, unter welchen die einzelnen Beklagten stehen, als Unterrichter verhalten [38]). Bey diesem nächsten gemeinschaftlichen Obergerichte kann die Klage ohne Unterschied, sie sey theilbar oder untheilbar [39]), selbst in solchen Fällen erhoben werden, wo die zu belangenden Personen in mehreren deutschen Territorien zerstreut wohnen [40]). Es ist nicht zu läugnen, daß hier-

36) Z. B. die zu erhebende Klage ist rein persönlich, sie ist also nicht für das sonst gemeinschaftliche forum rei sitae geeigenschaftet.

37) Denn dieser ausserordentliche Gerichtsstand wird nur als ein subsidiarischer angesehen, wie auch der Reichsdeputat. Absch. vom J. 1600. §. 23. zu erkennen giebt. S. Martins Lehrbuch des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses. §. 57. Not. l.

38) S. Grolmanns Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten §. 46. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. 1. Th. §. 46. Wer der nächste gemeinschaftliche Oberrichter sey, pflegt man darnach zu beurtheilen, an wen von den sämmtlichen Untergerichten, denen die verschiedenen Beklagten unmittelbar unterworfen sind, die Appellation zunächst Statt hat. S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 3. BACH Diss. cit. de caussis coniunctis §. 20. und WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 3.

39) S. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 153. Danz a. a. O. §. 33. S. 87.

40) Gehören dieselben einem Souverain, so ist die Sache ausser Zweifel. Hier ist das höchste Tribunal desselben das forum competens. S. Fried. von Bülow's und Theod. Hage-

hierdurch die Zahl der Rechtsstreitigkeiten sehr vermindert, und auch öfters widersprechende Urtheile vermieden werden können, die sonst bey einem mehrere Beklagten angehenden Rechtsstreit leicht möglich wären. Allein fragt man, welches denn eigentlich die Quelle dieser ganzen Doctrin von der Identität der Sachen sey, so muß man denn doch auch bekennen, daß sie aus keiner reinen Quelle geflossen sey. Gewöhnlich glaubt man zwar den Grund derselben in den Gesetzen des römischen Rechts zu finden[41]; allein wie sehr man sich hierin geirrt hat, haben Carrach[42]) und Bach[43]) ganz einleuchtend dargethan. Um uns leb-

haster

gemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. Band. Erört. 62. S. 346. Danz a. a. O. S. 91. lit. B. und Martins Lehrbuch §. 57. S. 71. Allein darüber blieb die Sache unentschieden, ob in dem Falle, da die mehreren Beklagten Unterthanen verschiedener Landesherren sind, dieselben wegen der Einheit des Klaggrundes sogleich in erster Instanz bei den höchsten Reichsgerichten belangt werden konnten. Das Interesse dieser Controvers hat indessen nunmehr aufgehört. Man sehe allenfalls Strubens rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 24. *Frid. Huldreich Car.* SIEGMANN Diss. de iurisdictione summorum in imperio iudiciorum ob causarum continentiam in cives mediatos haud fundata. *Lipsiae 1781.* Malblank Anleitung zur Kenntniß der deutschen Reichs- und Provinzialgerichtsverfassung 4. Th. §. 137. und von Berg Grundriß der reichsgerichtlichen Verfassung und Praxis §. 106.

41) Man sehe z. B. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. FRANTZKE Comm. h. t. nr. 2. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 9. et 10. SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXI. §. 9.

42) Cit. Diss. de foro continentiae causar. ex identitate. §. 7.

43) Diss. alleg. de causis coniunctis §. 5 — 11. (in *Opuscul.* pag. 268. sqq.)

hafter hiervon zu überzeugen, wird es nicht unzweckmäßig seyn, den Inhalt und wahren Sinn derjenigen Stellen des römischen Rechts, worauf man sich gewöhnlich bezieht, etwas genauer zu entwickeln. Die vorzüglichsten sind folgende.

L. 1. *D. h. t.* Si inter plures familiae erciscundae agetur, et inter eosdem communi dividundo, aut finium regundorum, eundem iudicem sumendum. Praeterea, quo facilius coire coheredes vel socii possint, in eundem locum omnium praesentiam fieri oportet.

Es ist hier von Communionsinteressenten die Rede, unter welchen eine Theilungsklage erhoben worden, gleichviel, ob es die Erbtheilungs- oder singulaire Theilungsklage, oder die Gränzscheidungsklage ist. Denn nach der παραφράσει ἀναλυτικῇ eines Johann Schilters 44) sich gerade einen solchen Fall zu denken, wo alle drey Theilungsklagen unter denselben Partheyen successivisch verhandelt werden, nämlich zuerst die Erbtheilungsklage, nächstdem, weil einige nachher noch zum Vorschein gekommene erbschaftliche Sachen ungetheilt geblieben waren, das iudicium communi dividundo, und weil zuletzt noch über die Gränzen der vertheilten Aecker ein Streit entstand, die actio finium regundorum; ist nicht nöthig, wie auch schon in der Glosse vom Accursius erinnert worden ist. Daß auch hier die Communionsinteressenten einen verschiedenen Gerichtsstand gehabt, worauf es doch hauptsächlich ankömmt, ist aus der Stelle ebenfalls nicht zu ersehen; sondern es ist hier von einem iudex pedaneus die Rede, an welchen mehrere Streitgenossen von einem Magistrate, dessen Juris-

44) Praxi iuris Rom. Exercit. XXI. §. 9.

risdiction sie alle unterworfen sind, in einer sie alle betreffenden Sache verwiesen werden können [45]. Dies beweist der Ausdruck *sumere* ganz klar, der blos vom iudex pedaneus gebraucht wurde, weil es bey dessen Bestellung zugleich mit auf die Einwilligung der Partheyen ankam [46]. Nimmermehr kann also aus dieser Stelle bewiesen werden, daß ein sonst incompetenter Richter wegen des Zusammenhangs der Sachen competent werden könne, da hier von keinem solchen Richter die Rede ist, welcher Jurisdiction hatte; oder daß ein Beklagter verbunden wäre, sich um des blosen Zusammenhangs willen einem incompetenten Richter zu unterwerfen, wenn er es nicht freywillig durch Prorogation thun will. Von einem nächsten gemeinschaftlichen Oberrichter, vor welchem die unter mehreren verschiedenen Unterrichtern stehenden Beklagten um des Zusammenhangs willen belangt werden könnten, ist hier vollends gar keine Rede. Eben so wenig beweißt die folgende Stelle.

L. 2. *D. h. t.* Cum ex pluribus tutoribus unus, quod caeteri non sint idonei, convenitur, postulante eo, *omnes ad eundem iudicem mittuntur*: et hoc rescriptis Principum continetur.

Denn auch diese Stelle geht blos auf iudices pedaneos. Man braucht eben kein Argus zu seyn, um dies aus

45) S. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. XXXII. Th. 1. und POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. not. a. pag. 330.

46) S. *Io.* HOP Diss. de iudicibus a Praetore et provinciarum Rectoribus ad causas privatas diiudicandas dari solitis. *Lugd. Batav.* 1729. Cap. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. Iurid. Belgicar.* Vol. I. T. II. pag. 540. sq.)

aus den Worten: *mittantur ad eundem iudicem* deutlich zu ersehen. Denn diese lassen sich von keinem andern iudex füglich erklären, als von einem solchen, der nach der ehemaligen römischen Gerichtsverfassung von dem Prätor den Partheyen gegeben wurde. Vergleicht man damit eine dritte Stelle des römischen Gesetzbuches, worauf man sich gewöhnlich auch beruft, um das forum identitatis daraus zu begründen, nämlich die *L. 5. Cod. Arbitrium tutelae*, wo der Kr. Gordian auf folgende Art rescribirt:

Omnes tutores, seu heredes eorum, qui administraverunt tutelam, ad eundem iudicem ire debere, iam pridem constitutum est. Cum igitur patrem tuum alio tutelam administrasse alleges, *Praeses provinciae eundem iudicem adversus te atque heredes contutorum patris tui dare debebit*, quatenus quisque condemnari debeat, examinaturum;

so ergiebt sich daraus, daß hier von der Einrede mehrerer Streitgenossen die Rede ist, welche das Römische Recht anfangs bey theilbaren Ansprüchen dem Beklagten mit der Wirkung erlaubte, um sich damit gegen die Einlassung auf die Klage zu schützen[47]. Wenn also unter mehreren Vormündern, welche die Vormundschaft ungetheilt verwaltet haben, einer allein, oder desselben Erben mit der actio tutelae belangt werden, so können sie bitten, daß auch die übrigen Mitvormünder, oder deren Erben,

47) S. CARRACH cit. Diss. §. 7. p. 21. sq. und Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses 1. Bd. Nr. XIX. §. 17. S. 416. Erst Kr. Julian änderte dieses ab, dessen Verordnung Justinian unverändert in seinen Codex aufnahm. *L. 1. C. de consortib. eiusd. litis.*

Erben, als Streitgenossen, adcitirt werden, und diese konnte sodann der Prätor oder Präses der Provinz an einen Judex verweisen, welcher nach der ihm gegebenen Instruction untersuchen und bestimmen mußte, wie weit ein jeder zu verurtheilen sey. Erwägt man nun, daß bey der actio tutelae der Präses der Provinz der allein competente Richter war, ohne dessen Auftrag oder Befehl kein anderer Municipalmagistrat Vormünder bestellen konnte[48]; so läßt sich wohl aus diesen Stellen so wenig, als aus der erstern, beweisen, daß der bloße Zusammenhang der Sachen einen sonst incompetenten Richter zuständig mache. Man konnte auch überhaupt von iudicibus pedaneis nicht wohl auf Magisträte schließen, als welche von ganz verschiedener Art waren[49].

Die *L. 8. §. 1. D. de liberali causa*, worauf man sich zuletzt noch beruft, gehört vollends gar nicht hierher, da hier nicht von mehreren Beklagten, sondern nur von mehreren Klägern die Rede ist. Die Worte selbst werden jeden hiervon überzeugen.

Si plures, sagt Ulpian, sibi dominium servi vindicant, dicentes esse communem, ad eundem iudicem mittendi erunt, et ita Senatus censuit. Caeterum si unusquisque suum esse in solidum, non in partem dicat, cessat Senatusconsultum: neque enim timor est, ne varie iudicetur: cum unusquisque solidum dominium sibi vindicet. Sed et si alter usumfructum totum, alter proprietatem sibi vindicet, item si alter

 domi-

48) *§. 3. 4. I. de Attiliano tut. L. 1. pr. et §. 1. D. de tutor. dat.*

49) BACH cit. Diss. §. 6.

dominium, alter sibi pignoratum dicat: idem iudex erit.

Hier ist also von einem solchen Falle die Rede, da zwey Kläger einen und ebendenselben Menschen, als ihren gemeinschaftlichen Sklaven, in Anspruch nehmen, der sich im Besitz der Freyheit befindet. Daß hier die Klage, als eine causa communis, vor einen Richter gehörte, war ganz natürlich. Ueberdem war auch dieser iudex kein anderer, als ein iudex a Praetore datus, wie aus der *L. 9. pr. D. de lib. causa* erhellet[50]). Hieraus erklärt sich zugleich eine hierher vorzüglich gehörige Stelle aus Quinctilian[51]), welcher sagt: *Privata quoque iudicia saepe unum iudicem habere multis et diversis formulis solent: nec aliae species erunt, etiamsi unus a duobus duntaxat eandem rem, atque ex eadem causa petet, aut duo ab uno: aut plures a pluribus; quod accidere in hereditariis litibus interim scimus: quia, quamvis in multis personis, causa tamen una est, nisi si conditio personarum quaestiones variaverit.*

So unrichtig nun auch die Erklärungen sind, die man von den angeführten Stellen gemacht hat, so haben sie doch soviel bewirkt, daß durch den Gerichtsgebrauch der Satz geltend wurde, man könne mehrere Beklagte, welche verschiedenen Unterrichtern unterworfen sind, wegen Einheit des Klagegrundes, sogleich bey dem nächsten gemein- schaft-

50) Denn die causae liberales waren ordinarii iuris. S. RAEVARDUS Varior. Lib. III. c. 29. *Ger.* NOODT de iurisdict. Lib. I. cap. 9. *Io.* HOP Diss. cit. de iudicibus a Praetore datis Cap. I. pag. 520. und BACH cit. Diss. de causis coniunctis. §. 7.

51) *Institut. Orator. Lib. III. cap. 10.*

schaftlichen Oberrichter belangen, welchen nachher selbst die teutschen Reichsgesetze [52]) bestätiget haben [53]).

2) Die Identität der Sachen kann auch eine dingliche seyn, wenn die Klage mehrere verschiedene Sachen zum Gegenstande hat, welche unter verschiedenen Gerichtsbarkeiten liegen, und von dem Kläger aus einerley Rechtsgründe in Anspruch genommen werden können. Z. B. dem Kläger sind mehrere Güter des Schuldners, wegen einer und derselben Schuld, verpfändet, welche unter verschiedenen Richtern liegen; oder die Güter, die zu einer Erbschaft gehören, befinden sich unter verschiedenen Richtern. Nach dem römischen Rechte ist hier die Klage entweder bey dem Richter des Wohnortes des Beklagten [54]), oder bey demjenigen Richter anzubringen, unter welchem der größte Theil der Güter gelegen ist [55]). Ist nun hier die Sache rechtskräftig entschieden worden, und es soll zur Vollstreckung des richterlichen Urtheils kommen, so müssen diejenigen Richter, unter welchem die übrigen Güter belegen sind, um Vollstreckung des Urtheils ersucht werden [56]). Weil indessen dieser Rechtsgang mit

 man=

52) Dep. Absch. vom J. 1600. §. 23. 24. K. K. Gerichtsordn. 2. Th. Tit. 9. pr. et §. 1. R. HofR. O. Tit. 2. §. 1.

53) S. BACH Cit. Diss. §. 18. Danz Grds. des ordentlichen Prozesses §. 33. S. 87. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4230.

54) *L. un. Cod. Ubi de heredit. agat.* Ger. NOODT Comm. ad Pand. Tit. de Iudic. T. II. *Oper.* pag. 125. und BACH Cit. Diss. de caussis coniunctis. §. XII.

55) *L. 50. pr. L. 52. §. 3. et 4. D. de iudic. L. 66. §. fin. D. ad SCtum Trebell. L. un. Cod. Ubi fideicomm. peti oport.*

56) *L. 15. §. 1. D. de re iudic.*

mancherley Schwierigkeiten verknüpft ist, so kann nach dem heutigen Gerichtsgebrauche die Klage bey dem nächsten gemeinschaftlichen Oberrichter angestellt werden, dessen Gerichtszwang sich über alle die verschiedenen Güter erstreckt, welche den Gegenstand der Klage ausmachen[57]). Es wird jedoch bey dem Gerichtsstande der Einheit der Sachen billig vorausgesetzt, 1) daß nicht von solchen Sachen die Rede sey, die durch Befreyung an einen bestimmten Richter ausschließend gewiesen sind. Daher begründet z. B. in Lehnssachen, so wenig als in geistlichen Sachen der Zusammenhang einen Gerichtsstand bey dem für solche Sachen nicht bestellten Oberrichter[58]), 2) Daß ein gemeinschaftlicher Oberrichter vorhanden sey. Sonst muß die Klage getheilt werden. Es wird überhaupt 3) durch den Zusammenhang der Sachen die Gerichtsbarkeit des Oberrichters in der ersten Instanz keinesweges ipso iure begründet; sondern es muß immer der Willkühr des

57) PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 148. Claproths Einleitung in den ord. bürgerl. Prozeß 1. Th. §. 101. S. 428. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Prozeß 1. Th. §. 46. Danz Grds. des ord. Prozesses §. 33. S. 91. HOFACKER Tom. III. §. 4232. Anderer Meinung ist jedoch Martin im Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 57. wenn die mehreren Sachen alle von dem nämlichen Besitzer gefordert werden, weil bloße Bequemlichkeit des Klägers nicht berechtiget, dem Beklagten sein Recht auf die erste Instanz zu entziehen.

58) S. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. VI. Obs. 809. et 810. Strubens rechtliche Bedenken. 1. Th. Bed. 114. und ULLHEIMER Diss. de iurisdictione supremorum imperii tribunalium in causis feuda mediata concernentibus ob continentiam causarum non fundata. *Bambergae 1776.*

des Klägers überlassen werden, ob er die Klagen mit einander verbinden oder theilen, und jeden Beklagten besonders bey seinem competenten Unterrichter belangen wolle. Denn es ist mehr eine Rechtswohlthat für den Kläger, als für den Beklagten, daß er den nächsten Oberrichter angehen kann. Es muß ihm also auch erlaubt seyn, darauf Verzicht zu thun[59]).

§. 752.

II. Connexität der Sachen, und daher entstehender Gerichtsstand.

Eine Connexität der Sachen ist vorhanden, wenn mehrere Rechtssachen mit einander in solcher Verbindung stehen, daß eine ohne die andere entweder gar nicht, oder doch nicht füglich entschieden werden kann[60]). Carrach[61]) sagt: *Connexitas causarum* supponit plura litigia diversa quidem, sed ita comparata, ut alterum absque altero expediri nequeat, alteriusve decisio ab altera pendeat; und Böhmer[62]) erklärt sie so: *Causae con-*

59) S. Claproth a. a. O. 1. Th. S. 426. Anderer Meinung ist jedoch HOFACKER in Princip. iur. c. l. T. III. pag. 665. wo dem Beklagten die exceptio continentiae vor der Litiscontestation gestattet wird. Allein man sehe *L.* 1. *C. de Consortib. eiusd. litis.* und das Magazin für den gemeinen teutschen bürgerl. Prozeß, herausgegeben von Martin und Walch 1. Bd. 1. Hft. Nr. I. §. 4. S. 33. f.

60) S. Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 33. S. 93. Mehlen Anleitung zum gerichtl. Prozeß. 1. Th. §. 48. HOFACKER Tom. III. §. 4233.

61) Diss. de foro continentiae causarum ex connexitate. §. 2.

62) Princip. iur. canon. §. 700.

connexae sunt, quarum altera alterius decisioni inservit. Hier nimmt die Praxis den Grundsatz an, daß derselbe Richter, bey welchem die eine Sache schon anhängig ist, oder welcher für die Hauptsache der competente Richter ist, auch die mit derselben in Verbindung stehenden Nebensachen entscheiden könne, so weit sie nicht durch eine besondere Befreyung an einen bestimmten Richter gewiesen sind. Der durch diesen Zusammenhang begründete Gerichtsstand wird *forum connexitatis causarum* genennt, und man sucht ihn besonders dadurch zu rechtfertigen, daß der Richter, welcher schon von der einen Sache die Acten hat, in der andern besser und vollständiger urtheilen könne, als ein anderer Richter. Eine Connexität der Sachen wird nun in folgenden Fällen angenommen.

1) Wenn durch die eine Sache die andere vorbereitet wird. Daher muß der Richter, welcher das Possessorium entschieden hat, der Regel nach auch über das Petitorium erkennen[63].

2) Wenn von der Entscheidung der einen Sache, die Entscheidung der andern abhängt. Hier ist die vorläufig zu entscheidende Streitigkeit (causa praeiudicialis) der Regel nach von dem Richter zu entscheiden, bey dem die Hauptsache anhängig ist. Z. B. wenn von einer quaestio status die Entscheidung einer Erbstreitigkeit abhängt[64].

3) Wenn zu einer gewissen Hauptsache noch andere Sachen hinzukommen, die aus derselben entspringen, oder in dieselbe einschlagen, oder sich sonst zur Hauptsache als ein

63) KIND Quaestion. for. Tom. I. Cap. 95.

64) MEVIUS P. III. Decis. 90. und P. V. Decis. 234.

ein [illegible] verhalten. Daher gehört die Intervention, und die Aufforderung zur Vertretung (Litis denunciatio) vor den Richter der Hauptsache. Derselbe Richter schlichtet auch den Streit über die Belohnung des Advocaten und Sachwalters, desgleichen über die Zurückgabe der Manualacten, so wie über begangene Pflichtverletzung derselben[65]). Man sagt auch,

4) daß durch den Concurs der Gläubiger eine Connexität unter allen den Schuldner betreffenden Rechtssachen hervorgebracht werde, auf welche sich die Allgemeinheit des Concursgerichtes gründen soll[66]).

Allein das meiste beruhet hier auf der Praxis. Die Gesetze verordnen blos,

a) daß eine Rechtssache, die mehrere Fragen oder Puncte, welche bey der Erörterung derselben entstehen, oder zur Sprache kommen, in sich begreift, nicht getheilet, sondern in ihrem ganzen Umfange von einem und eben demselben Richter, bey welchem sie einmal anhängig gemacht worden ist, entschieden, und daher einzelne zu derselben gehörige Fragen, oder mit derselben verwandte Puncte nicht an einen andern Richter gebracht werden sollen. Aus diesem Grunde soll der Richter, welcher über den Besitz entschieden hat, auch in der Hauptsache oder dem Petitorium erkennen, und derjenige soll eine Strafe vom Richter zu befürchten haben, welcher beydes von einander trennen, und vor verschiedene Richter ziehen würde. Dies ist der wahre

65) Claproths bürgerl. Prozeß 1. Th. §. 101. Danz a. a. O. S. 94.

66) HOFACKER c. l. §. 4233. lit. D.

wahre Sinn der so sehr misverstandenen *L.* 10. *Cod. de iudiciis*[67]); wo es heißt:

Nulli prorsus audientia praebeatur, qui *caussae continentiam*[68]), dividet et *ex beneficii praerogativa*[69]), id quod in uno eodemque iudicio poterat terminari, apud diversos iudices voluerit ventilare; *poena ex officio iudicis iminente ei, qui contra hanc supplicaverit sanctionem; atque alium*

67) Diese Lex ist eine Verordnung des Kaisers Constantin, und aus dem Theodosianischen Codex entlehnt, jedoch mit einiger Abänderung. Diese betrifft aber nur die in dem Gesetz gedrohete Strafe, welche im Theodosianischen Codex bestimmt, hier aber der Willkühr des Richters überlassen ist. Man vergleiche die *L.* 2. *Cod. Theod. de iudiciis.* Lib. II. Tit. 18.

68) Es erhellet aus dieser Stelle, daß das Gesetz mit der *continentia caussae* einen ganz andern Begriff verbindet, als die gemeine Schule der Rechtsgelehrten. Das Gesetz versteht darunter einen solchen Zusammenhang einer gewissen Rechtssache, bey welcher ein streitiger Punct dergestalt in den andern eingreift, daß das Ende des einen der Anfang des andern ist, und folglich beyde nicht von einander getrennt werden können. S. BACH Diss. de caussis coniunctis. §. 3.

69) Der Ausdruck *beneficii praerogativa* wird von den Auslegern verschiedentlich erklärt. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 2. Cod. Theodos. de iudiciis Tom. I. pag. 195. der Ritterschen Ausgabe, versteht ihn von einem rescripto Principis, adversus ius commune impetrato. Diese Erklärung wird besonders durch die folgenden Worte sehr wahrscheinlich, *qui contra hanc supplicaverit sanctionem*, atque alium iudicium *postulaverit.* Für diese Erklärung stimmt auch *Io. Henr. de* BERGER in Progr. ad L. 10. C. de iud. in *Eiusd.* Electis processus p. 343. Andere hingegen verstehen darunter ein privilegium fori specialis.

alium super possessione, alium super principali quaestione iudicem postulaverit.

Es leuchtet in die Augen, daß hier gar nicht von mehreren Rechtssachen, sondern blos von einer einzigen Sache die Rede sey. Denn sonst hätte es *causarum continentiam*, und nicht *causae continentiam* heißen müssen. Es erhellet auch aus dem ganzen Zusammenhange, so wie aus der Bedeutung des Worts *Continentia*[70]), daß hier mit dem Worte *Causa* nur eine einzige Rechtssache gemeint sey, die aber mehrere Fragen oder Puncte in sich begreift. Ist nun eine solche Sache einmal vor einem Richter angebracht, und auch von demselben schon der eine dieselbe betreffende streitige Punct entschieden, so soll nun der mit ihr ebenfalls in Verbindung stehende andere Punct nicht getrennt, und an einen andern Richter gebracht, sondern von demselben Richter entschieden werden. Untersucht man die Gründe dieser Verordnung etwas genauer, so ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß hierdurch allgemein verboten worden sey, *causae continentiam* zu theilen. Der Hauptgrund des Gesetzgebers bey dieser Verordnung scheint der zu seyn, damit durch die Verschleppung solcher bey einer Rechtssache vorkommenden Fragen und dabey sich ereignenden streitigen Puncte vor mehrere Richterstühle keine widersprechenden Entscheidungen entstehen, sodann auch die Beendigung der ganzen Streitsache ohne Noth nicht aufgehalten werden möge. Es ist auch nicht zu läugnen, daß der Richter, vor dem einmal die Sache anhängig geworden ist, über alle dabey vorkommenden und mit derselben zusammenhängenden Puncte füglicher zu entscheiden

70) *L. 2. L. 99. §. 1. L. 139. L. 154. D. de Verbor. Signific.*

[illegible], als ein fremder Richter. Man kann es daher wohl für nichts anders, als für ein bloßes Beyspiel halten, wodurch der Gesetzgeber seine Verordnung zu erläutern sucht, wenn er das Possessorium und Petitorium namentlich zu trennen verbietet. Denn daß die Verordnung dieses Gesetzes nicht blos darauf allein eingeschränkt werden könne, sondern auf alle zu einer und eben derselben Rechtssache gehörigen Fragen und dabey vorkommenden Puncte gezogen werden müsse, hat Herr Prof. Dabelow [71]), der gewiß den besten Commentar über die *L.* 10. geschrieben hat, sehr gründlich gezeigt. In der That würde es auch dieser Verordnung gar nicht bedurft haben, da ja das nämliche schon von den Kaisern Diocletian und Maximian *L.* 13. *C. de rei vindicat.* nicht lange vorher war verordnet worden.

Ordinarii iuris est, ut, mancipiorum orta quaestione, prius exhibitis mancipiis de possessione iudicetur, et tunc demum proprietatis causa *ab eodem iudice* decidatur.

Dahingegen dürfte es wohl schwerlich mit der Absicht des Gesetzgebers zu vereinigen seyn, wenn die Praxis der Verordnung des Kaisers Constantin eine so ausgedehnte Deutung giebt, daß alle Rechtssachen, die man nach dem oben angegebenen Begriff zu den causis connexis rechnen kann, von einem und eben demselben Richter erörtert, und entschieden werden müssen. Wohlbedächtig schränkt vielmehr der Gesetzgeber seine Verordnung nur auf eine einzige ganze Sache, und die dahin einschlagenden Fragen und

71) Ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Kap. XXVII. S. 727. ff.

und Puncte ein, der sonst mit leichter Mühe solche weit allgemeiner würde haben fassen können. Die Gesetze verordnen hiernächst,

2) daß der Beytritt zu einem Rechtsstreite, da, wo dieser anhängig ist, geschehen solle.

L. 49. pr. D. de iudic. Venditor ab emtore denunciatus, ut eum evictionis nomine defenderet, *dicit se privilegium habere sui iudicis.* Quaeritur, an possit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorem et emtorem coepta est, ad suum iudicem revocare? PAULUS respondit, *venditorem emtoris iudicem sequi solere.*

3) Daß der, für die Hauptsache competente Richter alle, sonst vor ihn nicht gehörende Präjudicial-Puncte entscheiden soll.

L. 3. Cod. de iudiciis. Quoties quaestio status bonorum disceptationi concurrit; nihil prohibet, quo magis apud eum quoque, *qui alioquin super causa status cognoscere non possit*, disceptatio terminetur.

Weiter gehen sie nicht[72].

72) S. THIBAUT Syst. des P. R. 3. Bd. §. 1075.

Lib. XI. Tit. III.

De servo corrupto.

§. 753.

Actio de servo corrupto directa et utilis.

Corrumpere servum alienum heißt hier nicht eines Andern Sklaven an seinem Körper beschädigen, sondern sein Gemüth verderben, und ihn zu bösen Handlungen verführen, z. B. zur Dieberey, Schwelgerey, Unzucht[73]. In einem solchen Falle giebt nun der Prätor dem Herrn des verführten Sklavens gegen den Verführer eine Klage auf doppelten Ersatz alles durch die Verführung des Sklavens erlittenen Schadens[74]. Diese Klage heißt *actio de servo corrupto*[75]. Auch der Ehemann konnte diese Klage gegen seine Ehefrau anstellen, wenn sie den Sklaven selbst verführt hatte. Dann gieng aber die Klage aus einer besondern Begünstigung der Ehe nur auf das Einfache[76].

Di

73) *L. 1. et 2. D. h. t.* S. *Ans. Frid.* PISTORIUS in Diss. ad fragmenta, quae ex Alfeni Vari libris XL. Digestor. supersunt, praes. HOFACKER def. ad L. 16. D. h. t. pag. 40. sqq.

74) *L. 1. pr. L. 5. §. 2. L. 9. §. 2. h. t.*

75) *L. 14. §. 1. D. h. t.*

76) *L. ult. D. h. t.*

Direct steht also die Klage nur dem Herrn eines böslich verführten Sclavens zu, und geht blos in diesem Falle, sofern sie nicht gerade wider des Klägers Ehefrau angestellt wurde, auf das Doppelte, welches theils den Ersatz des Schadens, theils eine Strafe für den Verführer enthält[77]). Sie ist also keine reine Pönalklage, sondern zugleich rei persecutoria. Auch den Erben und übrigen Nachfolgern stand diese Klage zu, nur gegen die Erben des Verführers wird sie nicht gestattet. Ulpian sagt *L. 13. pr. D. h. t.*

Haec actio perpetua est, non temporaria, et heredi caeterisque successoribus competit, in *heredem* non dabitur, *quia poenalis est.*

Cornel. van Bynkershök[78]) will zwar die letzten Worte dieses Fragments für corrupt halten, weil die actio de servo corrupto keine reine Pönalklage sey, und nach diesem Gesetz die Klage auch nicht einmal als persecutorisch gegen die Erben Statt finden würde. Er will daher statt jener Worte lieber: *qua poenalis est*, lesen. Allein van Dryhoff[79]) hat diese Meinung hinlänglich widerlegt. Bynkershök hat nicht bedacht, daß die actio de servo corrupto zwar von Seiten des Klägers eine vermischte Klage, nämlich eine actio ex delicto rei et poenae persecutoria ist[80]); daß sie hingegen von Seiten des Beklagten immer

77) *L. 9. §. 2. L. 10. D. h. t.*

78) Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 13. et Lib. VII. cap. 25.

79) Observation. iuris civ. (*Amstelaed 1747. 8.*) Cap. 4.

80) *L. 14. §. 5. D. h. t.* sagt Paulus ausdrücklich: *In hac actione non extra rem duplum est*, id enim, quod damni datum est,

immer eine Pönalklage sey. Denn was der Beklagte wegen dieser Klage zahlt, bezahlt er immer als Strafe für sein Delict, wenn er auch von seiner Verführung gar keinen Vortheil gezogen hat [81]). Ganz recht sagt daher Ulpian, die Klage habe gegen die Erben nicht Statt, *quia poenalis est*. Nam actiones, quae a parte rei mere poenales sunt, nunquam in heredes dantur [82]).

Utiliter wird die Klage a) auch jedem andern eingeräumt, der zwar nicht Eigenthümer ist, aber doch wegen eines an dem verführten Sklaven habenden dinglichen, Nutznießungs oder Sicherheitsrechts, durch die Verführung desselben Schaden erlitten hat [83]). b) Dem Vater wegen des verführten Sohnes. Jedoch geht diese actio [illegible] utilis

est, duplatur. Haloander hat zwar die Partikel non hier nicht. Allein daß die florentinische Leseart den Vorzug verdiene, haben *Ant.* AUGUSTINUS Emendat. Lib. I. cap. 2. bey *Ev.* OTTO in Thes. iur. Rom. Tom. IV. p. 1434. und *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 258. gezeigt.

81) *L.* 13. §. [illegible] *D. h. t.* besonders L. 20. *Cod. de furtis et servo corr.*

82) *L.* 1. §. ult. *D. de eo, per quem factum erit.* *L.* 3. §. 15. *D. Si mensor falsum modum dix.* *L.* 9. §. 1. verglichen mit *L.* 7. *pr.* et §. 2. *D. Quod falso tutore.* Man sehe auch *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. Lib. XI. ad h. L. 13. pr. D. h. t. pag. 448.

83) *L.* 9. §. 1. *L.* 14. §. 3. *et* 4. *D. h. t.* Einem bonae fidei possessor hingegen wird die Klage *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* darum versagt, quia nihil eius interest, servum non corrumpi, et quia absurdum est, duobus actionem servi corrupti competere. Dies paßt nun aber freylich nur auf den Fall, da sich der wahre Eigenthümer schon gemeldet hat. S. *Io.* IENSII Strictur. ad Rom. Iuris Pandect. et Cod. ad h. L. 1. pag. 99.

utilis nur auf Leistung des Interesse, welches der richterlichen Schätzung zu überlassen ist, mithin auf das Einfache [84]).

§. 754.

Heutiger Gebrauch und Ausdehnung der actio de servo corrupto.

Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche wird utiliter die actio de servo corrupto 1) dem Leibherrn wegen der Verführung seiner Leibeignen [85]; 2) der Mutter wegen ihrer verführten Kinder [86]; 3) dem Ehemann wegen seiner verführten Ehefrau [87]; 4) der Herrschaft wegen der Verführung ihres Gesindes [88]; 5) den Militär-Chefs wegen der Verführung ihrer Soldaten [89]; und 6) der Gerichtsherrschaft wegen ihrer verführten Unterthanen [90]) eingeräumt. Sie geht zwar überall nur auf einfachen Schadensersatz, sie kann aber doch auch zugleich auf Bestrafung des Verführers gerichtet werden [91]).

Lib. XI.

84) *L. 14. §. 1. D. h. t. L. 2. D. de liber. exhib.* Anderer Meinung ist zwar CUJACIUS Observation. Lib. XVII. cap. 11. Allein man sehe *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. p. 253.

85) S. *Bern. Maurit.* HOFFMANN Diss. de usu practico utilis remedii servi corrupti. *Altdorf. 1735.*

86) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4054.

87) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5.

88) S. Jo. Lor. Dorns Gesinderecht §. 106. und §. 107.

89) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 5. in fin.

90) STRUV Syntag. iur. civ. Exercit. XV. Th. 50.

91) LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 9. et 10. HOFACKER loc. cit. §. 4054. in fin. Mehrere wollen jedoch

Lib. XI. Tit. VI.

De fugitivis.

§. 755.

Rechte eines römischen Herrn in Absicht auf die Verfolgung entlaufener Sklaven.

Servus fugitivus wurde ein solcher Sklave genennt, welcher sich ohne Wissen und Willen seines Herrn in der Absicht entfernte, um nie wieder zu ihm zurückzukehren [92]). Flohe der Sklave blos vor seinem erzürnten Herrn, bis sich desselben Zorn gelegt hatte, oder begab er sich aus Furcht vor Mishandlungen heimlich zu einem guten Freund, um für ihn bey dem Herrn vorzubitten, so war dies kein *servus fugitivus* [93]). Auch unterschied man

behaupten, die actio de servo corrupto gehe noch jetzt auf das Doppelte. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXIV. medit. 8. Corol. 3. Schmidt im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1214. u. a. Allein die directe Klage, welche nur eigentlich auf das Doppelte gieng, kann heut zu Tage gar nicht mehr vorkommen. Hellfeld meint zwar, der Gebrauch der actio directa lasse sich an den Orten nicht bezweifeln, wo noch Leibeigenschaft herrscht. Er läßt aber deswegen doch die Klage nicht auf das Doppelte zu.

92) *L. 17. pr. et §. 1.—13. D. de aedilit. edicto.* Don. *Raphael de* VILLOSA Tr. de fugitivis. *Neapol. 1674.* f.

93) *L. 43. §. 1. D. eodem.* VOET Comm. h. t. §. 1.

man davon einen *Erro*, d. h. einen Herumläufer[94]. Wenn nun ein römischer Sklave seinem Herrn davonlief, so begieng er gleichsam an sich selbst einen Diebstahl[95], denn er war das Eigenthum seines Herrn. Daher konnte der Herr den Flüchtling vindiciren, bey wem er ihn fand[96]. Hatte der Herr bey dem Magistrat um die Erlaubniß angehalten, den Sklaven überall aufsuchen zu dürfen, dergleichen Erlaubniß keine Obrigkeit bey einer Strafe von hundert Solidis versagen konnte; so durfte sich Niemand bey gleicher Strafe der Haussuchung widersetzen[97]. Diejenigen, welche zur Aufsuchung der entlaufenen Sklaven gebraucht wurden, hießen *fugitivarii*; sie erhielten dafür einen Lohn, welcher *indicium* genennt wurde[98]. Wenn Jemand den Sklaven eines Andern zur Flucht verleitet hatte, so wurde dies als eine Corruption angesehen, und deshalb die actio de servo corrupto auf das Dop-

94) *L. 17. §. 14. D. eodem.*

95) *L. 60. D. de furtis.* Ancilla fugitiva *sui furtum facere* intelligitur. Daher war ein servus fugitivus, so wenig, als eine res furtiva, usucapionsfähig. *L. 1. Cod. de servis fugitivis.*

96) S. *Io. Ge.* DARIES Diss. de iure vindicandi servos fugitivos. *Francof. ad Viadr. 1764.*

97) *L. 1. §. 2. D. h. t.* Ulpian schreibt diese Verordnung einem Senatusconsultum zu, ohne es jedoch zu nennen. Er bemerkt dabey, daß eben dieses schon früher sowohl durch die Lex *Favia*, als durch ein SCtum, *Modesto* Consule factum, verordnet worden sey. Man vergleiche *Christ. Henr.* BREUNING Prolus. ad SCtum Modestianum ex Cap. 1. Dig. de fugitivis. *Lipsiae 1755. 4.*

98) *L. 15. et 18. D. de praescr. verbis. L. 4. §. ult. D. de condictione ob turp. caus.* CUJACIUS Observation. Lib. XXI. cap. 11. und VOET h. t. §. 21

pelte verstattet[99]). Wer hingegen den Flüchtling aufnahm und verheimlichte, wurde als ein Dieb behandelt, und gegen ihn hatte die actio furti statt[100]). Nach dem neuern Römischen Rechte mußte der Detentor zur Strafe entweder noch einen andern Sklaven von gleicher Art dazu geben, oder dem Herrn eine Strafe von 20 Solidis bezahlen[1]). Jedoch waren diejenigen zu entschuldigen, welche den entlaufenen Sklaven aus Mitleid, oder aus Irrthum aufgenommen hatten, weil sie ihn für einen freyen Menschen hielten[2]). Auch der Sklave wurde gestraft, zuweilen sogar mit dem Verluste eines Beins, oder mit der Verurtheilung zum Bergbau, wenn er zu den Barbaren überlief[3]).

§. 756.

Heutiger Gebrauch dieser Lehre.

Die heutigen Leibeignen sind zwar keine römischen Sklaven, aber doch ihrer Person nicht mächtig. Der deutsche Leibeigene darf daher ohne die Einwilligung des Leibherrn zu desselben Nachtheil über seine Person nichts verfügen. Verletzt er dessen ohngeachtet seine Pflichten so weit, daß er sich seinem Herrn zu entziehen sucht, und davonläuft, oder ohne desselben Bewilligung sich in solche Verbindungen einläßt, die neben der ihm obliegenden Dienst- und Zinspflicht nicht bestehen können; so steht auch

99) *L. 1. pr. et §. 2. D. de servo corrupto.*

100) *L. 1. pr. D. h. t. L. 48. §. 1. D. de furtis.*

1) *L. penult. Cod. de serv. fugitiv.*

2) *L. 5. D. de servo corrupt. L. 4. in med. Cod. de servis fugitiv.*

3) *L. 2. D. h. t. L. 3. Cod. de servis fugitiv.*

auch dem Leibherrn ein Vindications- oder Abforderungsrecht zu, welches man das Besatzungsrecht nennt[4]. Daß der entwichene Leibeigne auch dafür gezüchtiget werden könne, leidet keinen Zweifel[5]. Ein Leibherr kann ferner seinen entlaufenen Leibeigenen mit Steckbriefen verfolgen[6]; und diejenigen machen sich straffällig, welche solche Leibeigene aufnehmen, und sie bey sich versteckt halten. Sie können auch auf das Interesse belangt werden[7].

Unsere Dienstboten sind zwar für ihre Person freye Leute, sie sind aber doch, vermöge des Miethcontracts pflichtig, die Dienstzeit, bis auf welche sie sich verdungen haben, auszuhalten, und dürfen den Dienst vor Beendigung des Termins rechtlicher Weise nicht verlassen[8]. Hätten sie gerechte Ursachen, nicht länger in dem Dienst zu bleiben, so müssen sie entweder ihre Entlassung von der Herrschaft in Güte zu erhalten suchen, oder ihre Beschwerden der Obrigkeit anzeigen, und deren Entscheidung abwarten. Unterlassen sie dieses, und gehen eigenmächtig und wider den Willen der Herrschaft aus dem Dienste, so können sie nicht nur gestraft, sondern auch durch richterliche Hülfe gezwungen werden, wieder zu dem verlassenen

4) POTGIESSER Commentar. iuris germ. de statu servorum Lib. II. cap. 9. und Lib. V. Cap. 2. §. 20. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 6. Band. §. 545.

5) POTGIESSER cit. Commentar. Lib. II. Cap. 8.

6) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

7) *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 3.

8) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 3.

Dienst zurückzukehren, und ihre Zeit auszudienen, oder der Herrschaft allen Schaden und Interesse zu ersetzen [9]). Haben sie überdem ihrer Herrschaft Kleider, oder andere Effecten mitgenommen, so können sie als Diebe behandelt werden [10]).

9) S. Joh. Lor. Dorns Versuch einer ausführlichen Abhandlung des Gesinderechts §. 104. und §. 105. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Th. XV. not. α. Nr. V. sqq.

10) LEYSER Meditat. ad Pand. Tom. II. Specim. CXXV. Cor. 3. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXI. Th. 19. in fin. und MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exerc. XV. Not. α. Nr. IX.

Lib. XI. Tit. V.

De aleatoribus.

§. 757.

Bedeutung des Worts *alea*. Unterschied zwischen Glücks- und Kunstspielen. Verschiedene Arten der letztern, deren *L. 3. C. h. t.* Erwähnung thut.

Der Ausdruck *alea* bezeichnet überhaupt einen ungewissen Glückszufall, oder den ungewissen Ausgang eines Geschäfts, bey dem man gewinnen und verlieren kann. Daher *conventio aleae*, ein Vertrag, der über einen künftigen ungewissen Gewinn geschlossen wird[11]). Insonderheit aber wird *alea* in den Gesetzen des Röm. Rechts jedes Glücksspiel genennt, wobey der aufs Spiel gesetzte Gewinn von einem bloßen Glückszufall abhängt[12]). Dergleichen Spiel geschahe bey den Römern mit Würfeln, welche von zweyerley Art waren, *tali* und *tesserae*, die sich durch ihre Form, verschiedene Art der Bezeichnung, und Materie unterschieden, wie Ajala[13]) mit vieler Ge-

11) *L. 8. §. 1. D. de contrab. emt. L. 7. et 11. D. de heredit. vel act. vend.* S. BRISSON. de Verbor. Signif. v. *Alea.*

12) *Petr. Pantoja de* AIALA Commentar. in Tit. Digestor. et L. fin. Cod. de aleatoribus. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. IV. pag. 914. sqq.)

13) Comm. cit. ad L. fin. Cod. de aleat. bey OTTO T. IV. p. 1010. sq.

lehrsamkeit gezeigt hat. Von der alea unterschied man die Kunstspiele, (*ludi artis*) wodurch man den Muth übte, und den Körper abhärtete, auch demselben Geschicklichkeit und Gewandtheit zu verschaffen suchte. Justinian erlaubt namentlich fünf Spiele dieser Art [14]. 1) *Monobolos*. Dieser Ausdruck wird verschiedentlich erklärt. Pancirolus [15]) versteht darunter das Wurfspiel, wobey der Wurfspieß oder Pfeil mit der bloßen Hand ohne Riemen geschleudert wurde. Es soll eben das Spiel seyn, wovon Paulus sagt *L. 2. D. h. t.* Si quis certet hasta, vel pilo iaciendo. Balsamon [16]) versteht darunter das Wettlaufen. Cujaz [17]) und Ajala [18]) hingegen erklären jenen Ausdruck von einem Springen ohne Hülfe einer Stange oder eines Springstocks. 2) *Contomonobolos* ist das Springen mit Hülfe einer Stange oder Springstocks. Cujaz sagt saltus conto suffultus. So erklären es auch Ajala und Balsamon. Pancirolus hingegen sagt: *Contomonobulum* ludus est conti et ipsius semel iaculandi. 3) *Quintanus Contax sine fibula.* Das Werfen eines Pfeils oder Spießes ohne Schwungriemen. So erklärt es Ajala. Pancirolus hingegen sagt: *Quintanae* ludus est, quo contus a currente equite in hominem ligneum figitur. Er leitet den Namen a Quintana via her, quae in castris Romanis in Quintanam

14) *L. 1. L. 3. C. h. t.*

15) Thesaur. variar. Lection. Lib. I. cap. 47.

16) Nomocanon. Tit. XIII. cap. 28.

17) Paratitla in Cod. h. tit.

18) Commentar. in L. fin. Cod. de aleator. bey OTTO Tom. IV. pag. 1086.

tanam portam exibat. Denn an diesem Orte pflegten die römischen Soldaten zu exerciren. Cujaz und Ajala hingegen leiten den Namen von dem Erfinder dieses Spiels her. 4) *Perichyte*. Das Kämpfen und Ringen. Ajala sagt mit Cujaz est luctae exercitatio, s. colluctatio. Panciroluѕ hingegen sagt: *Perichytes* quid sit, difficile est scire, forte legendum πυῤῥίχην, quod est genus saltationis, qua armati quandoque exercebantur, praecipue vero motiones corporis imitabantur, velut ictus iactusque in se factos declinantes. 5) *Hippice* ist das Wettfahren oder Wettrennen mit Pferden. *Hippodromus*[19]). Diese Kunstspiele waren erlaubt, wenn sie auch um Geld geschahen. Nur durfte man auch hier nicht zu hoch spielen. Das Gesetz erlaubt auch selbst den Reichen nicht über einen Solidus zu spielen[20]). Ein bey den Römern erlaubtes Kunstspiel, wobey man blos den Verstand übte, scheint zwar auch das Schachspiel, *ludus latrunculorum* seu *scaccorum*, gewesen zu seyn[21]). Seneca[22]) gedenkt wenigstens dieses Spiels öfters, als eines erlaubten Spiels. Justinian hat es aber doch unter den von ihm ausgenommenen fünf erlaubten Spielen nicht mit aufgeführt; sondern verbietet alle Spiele um Geld

19) Ueber diese verschiedenen Arten der erlaubten Spiele vergleiche man noch STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 14—18.

20) *L. fin. Cod. de aleator.* HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. versteht unter dem *Solidus* einen aureus.

21) S. *Guid.* PANCIROLLUS in Thes. variar. Lection. utriusq. iuris. Lib. I. cap. 48.

22) *Epist. 106. nr. 11.* — Latrunculis ludimus. et *Epist. 117. nr. 30.*

Geld und Geldeswerth, welche nicht zur Abhärtung des Körpers und zur Uebung des Muths abzwecken [23]). Bloße Glücksspiele, *ludi alearum*, waren nun schon von jeher bey den Römern verboten. **Marcian** [24]) gedenkt deshalb der *Lex Titia*, *Publicia* und *Cornelia*. Zwar fehlen uns hierüber die weitern Nachrichten [25]). Allein unstreitig sind dieselben eben diejenigen Gesetze, worauf **Horaz** [26]) zielt, wenn er von der *alea legibus vetita* spricht. Es ist also nur Erneuerung eines alten Verbots, wenn **Justinian** *L.* 3. *Cod. h. t.* sagt:

Alearum usus antiqua res est, et extra operas pugnatorias [27]) concessa, verum pro tempore abiit in lachrymas, multa millia extranearum nationum suscipiens. Quidam enim nec ludentes, nec ludum scientes, sed numeratione tantum proprias substantias perdiderunt, die noctuque ludendo, argento, apparatu lapidum, et auro. Consequenter autem ex hac inordinatione blasphemare Deum conantur, et instrumenta conficiunt. Commodis igitur subjectorum prospicientes, hac generali lege decernimus, ut nulli liceat in publicis vel privatis domibus vel locis ludere, neque

23) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 12.

24) *L.* 3. *D. h. t.*

25) S. *Ant.* AUGUSTINUS de Legib. et SCtis. (*Paris.* 1584. f.) pag. 57. pag. 121. u. pag. 141. und AIALA cit. Commentar. ad L. 3. D. h. t. bey OTTO Tom. IV. pag. 987.

26) Carm. Lib. III. Od. 24. v. 58.

27) So lesen Charondas, Godefroi, und Spangenberg. Allein Russard, Baudoza, und Hugo a Porta haben *pugnatoribus*, welches richtiger zu seyn scheint.

neque in genere neque in specie, et si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio, sed solutum reddatur, et competentibus actionibus repetatur ab his, qui dederint, vel eorum heredibus, aut his negligentibus, a Patre aut defensoribus illius civitatis: vel recipiat fiscus, non obstante nisi quinquaginta annorum praescriptione: Episcopis vero locorum hoc providentibus, et Praesidum auxilio utentibus. Deinceps vero ordinet quinque ludos, Monobolon, Contomonobolòn, Quintanum contacem sine fibula, et perichyten, et hippicem, quibus sine dolo atque callidis machinationibus ludere permittimus. Sed nec permittimus etiam in his ludere ultra unum solidum, si multum dives sit: ut si quem vinci contigerit, casum gravem non sustineat. Non enim solum bella bene ordinamus, sed et res ludicras [28]). Sed istam interminantes poenam transgressoribus, potestatem dando episcopis hoc inquirendi, et Praesidum auxilio sedandi. Prohibemus etiam, ne sint equi seu equestres lignei [29]); et ut

28) Baudoza lieset res sacras. Godefroi und Charondas haben res sacras ludicras. Allein diese Leseart ist offenbar unrichtig. Res ludicras haben Russard, Hugo a Porta und Spangenberg.

29) Was dies für eine Art von Spielen gewesen seyn mag, ist unbekannt. Balsamon führt in seinem Nomocanon die verschiedenen Meinungen an, unter denen Ajala in Comm. ad L. fin. D. de aleator. (bey OTTO IV. p. 46.) folgende für die wahrscheinlichste hält: *ligneam esse fabricam per scalas ligneas exaltatam, habentem in medio diversa foramina. Nam qui hoc genere ludebant, quatuor globulos diversorum colorum superiiciebant ex superiori parte; et qui primus globulorum per foramina ex*

Die Bestimmung der entscheidenden Bedingung, so wie die Bestimmung des Gewinstes, der dem Sieger zu Theil werden soll, ist die Folge einer Uebereinkunft, welche man den Spielvertrag nennt. Dieser Vertrag ist also seiner Natur nach 1) ein bedingtes Geschäft. Denn es hängt die Erwerbung des verabredeten Gewinnes von der Existenz einer bestimmten Bedingung ab. 2) Jeder der Spielenden macht sich verbindlich, daß er dem Andern, für welchen die Bedingung günstig ausfallen wird, seine Rechte an der aufs Spiel gesetzten Sache abtreten wolle. Es ist also 3) ein oneroser Vertrag, denn es liegt ein gegenseitiges Versprechen zum Grunde, im Falle ein ungewisser Thatumstand existiren, oder nicht existiren sollte, Etwas an den Andern verlieren zu wollen [38]). Hiermit widerlegen sich schon vorläufig die unrichtigen Folgerungen, welche Hellfeld im Betreff der Insinuation und Verletzung des Pflichttheils aus seiner Idee ableitet, wovon §. 759. ein Mehreres.

§. 758.

Grundsätze des Römischen Rechts vom Spiel.

Es ist bereits bemerkt worden, daß das neuere Römische Recht mit dem Verbot des Spiels nur hauptsächlich privatrechtliche Folgen verknüpft. Sie bestehen darin.

1) Der

38) S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 915. wo er Hellfelds Meinung mit Recht verwirft. Richtiger sagt Dabelow im Handbuch des heutigen gem. Röm. deutschen Privatrechts 2. Th. 2. Abth. §. 1316. Not. c. Spielvertrag ist ein Vertrag zwischen zwey oder mehreren Personen, dessen wechselseitige Leistungen vom bloßen Glücke, von der Geschicklichkeit der Paciscenten, oder von beydem zugleich abhängig sind.

1) Der ganze Spielvertrag ist nichtig, und zwar so nichtig, daß das, was im Spiel verloren worden, nicht nur nicht gefordert, sondern sogar, wenn es schon bezahlt ist, selbst von dem Verlierenden gegen allgemeine Grundsätze unbedingt zurückgefordert werden kann[39]. Eben dieses Recht steht den Erben zu; und wenn es auch diese nicht zurückfordern, so kann es von der Obrigkeit des Orts oder vom Fiscus geschehen[40]. Hat ein filius familias das Geld verspielt, so kann es der Vater zurückfordern[41]; und überall soll die Klage wegen der Zurückforderung erst nach funfzig Jahren präscribirt seyn[42]. Selbst gegen den Vater und Patron wird dem Sohn und Freygelassenen eine actio utilis oder in factum aus dem Edict des Prätors gestattet, um das an sie im Spiel Verlorne zurückzufordern[43].

2) Wer

39) Sonst ist es eine Regel: Si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessor potior est, et ideo repetitio cessat. *L. 8. D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.* Diese Regel sollte auch hier gelten. Denn wer sich in ein verbotenes Spiel eingelassen, und das Verlorne bezahlt hat, hat im Ganzen eben so unerlaubt gehandelt, als der andere, welchem das Glück günstiger war. Nun sollen in einem solchen Falle die Theilnehmer einer unerlaubten Handlung keinen Regreß gegen einander nehmen dürfen, weil beyde Contrahenten durch Eingehung eines verbotenen Geschäfts die Gesetze übertreten. Allein die Gesetze machen gleichwohl bey Spielschulden eine Ausnahme. S. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77. S. 333.

40) *L. 3. C. h. t.*

41) *L. 4. §. 1. D. h. t.*

42) *L. 3. Cod. h. t.*

43) *L. ult. §. ult. D. h. t.* wobey die *Scholia Basilicorum Lib. LX. Tit. 8.* Tom. VII. *pag. 234. lit. L.* zu vergleichen sind, und zwar die

Worte

Die Bestimmung der entscheidenden Bedingung, so wie die Bestimmung des Gewinstes, der dem Sieger zu Theil werden soll, ist die Folge einer Uebereinkunft, welche man den Spielvertrag nennt. Dieser Vertrag ist also seiner Natur nach 1) ein bedingtes Geschäft. Denn es hängt die Erwerbung des verabredeten Gewinnes von der Existenz einer bestimmten Bedingung ab. 2) Jeder der Spielenden macht sich verbindlich, daß er dem Andern, für welchen die Bedingung günstig ausfallen wird, seine Rechte an der aufs Spiel gesetzten Sache abtreten wolle. Es ist also 3) ein oneroser Vertrag, denn es liegt ein gegenseitiges Versprechen zum Grunde, im Falle ein ungewisser Thatumstand existiren, oder nicht existiren sollte, Etwas an den Andern verlieren zu wollen[38]. Hiermit widerlegen sich schon vorläufig die unrichtigen Folgerungen, welche Hellfeld im Betreff der Insinuation und Verletzung des Pflichttheils aus seiner Idee ableitet, wovon §. 759. ein Mehreres.

§. 758.

Grundsätze des Römischen Rechts vom Spiel.

Es ist bereits bemerkt worden, daß das neuere Römische Recht mit dem Verbot des Spiels nur hauptsächlich privatrechtliche Folgen verknüpft. Sie bestehen darin. 1) Der

38) S. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 915. wo er Hellfelds Meinung mit Recht verwirft. Richtiger sagt Dabelow im Handbuch des heutigen gem. Röm. deutschen Privatrechts 2. Th. 2. Abth. §. 1316. Not. c. Spielvertrag ist ein Vertrag zwischen zwey oder mehreren Personen, dessen wechselseitige Leistungen vom bloßen Glücke, von der Geschicklichkeit der Paciscenten, oder von beydem zugleich abhängig sind.

1) Der ganze Spielvertrag ist nichtig, und zwar so nichtig, daß das, was im Spiel verloren worden, nicht nur nicht gefordert, sondern sogar, wenn es schon bezahlt ist, selbst von dem Verlierenden gegen allgemeine Grundsätze unbedingt zurückgefordert werden kann[39]. Eben dieses Recht steht den Erben zu; und wenn es auch diese nicht zurückfordern, so kann es von der Obrigkeit des Orts oder vom Fiscus geschehen[40]. Hat ein filius familias das Geld verspielt, so kann es der Vater zurückfordern[41]; und überall soll die Klage wegen der Zurückforderung erst nach funfzig Jahren präscribirt seyn[42]. Selbst gegen den Vater und Patron wird dem Sohn und Freygelassenen eine actio utilis oder in factum aus dem Edict des Prätors gestattet, um das an sie im Spiel Verlorne zurückzufordern[43].

2) Wer

39) Sonst ist es eine Regel: Si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessor potior est, et ideo repetitio cessat. *L. 8. D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.* Diese Regel sollte auch hier gelten. Denn wer sich in ein verbotenes Spiel eingelassen, und das Verlorne bezahlt hat, hat im Ganzen eben so unerlaubt gehandelt, als der andere, welchem das Glück günstiger war. Nun sollen in einem solchen Falle die Theilnehmer einer unerlaubten Handlung keinen Regreß gegen einander nehmen dürfen, weil beyde Contrahenten durch Eingehung eines verbotenen Geschäfts die Gesetze übertreten. Allein die Gesetze machen gleichwohl bey Spielschulden eine Ausnahme. S. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 77. S. 333.

40) *L. 3. C. h. t.*

41) *L. 4. §. 1. D. h. t.*

42) *L. 3. Cod. h. t.*

43) *L. ult. §. ult. D. h. t.* wobey die *Scholia Basilicorum Lib. LX. Tit. 8.* Tom. VII. *pag. 234. lit. L.* zu vergleichen sind, und zwar die

Worte

2) Wer wissentlich Geld zu einem verbotenen Spiel dargeliehen hat, er sey Mitspieler oder nicht, kann das Anlehn nicht zurückfordern. Viele Rechtsgelehrten [44]) wollen zwar behaupten, daß einem Dritten, der an dem Spiel selbst weiter keinen Antheil genommen hat, die Klage auf Wiederbezahlung des Darlehns nicht versagt werden könne, weil bey demselben nicht eben der Grund, wie bey dem Mitspieler, eintrete, welcher den Schuldner durch den Geldvorschuß zum Spiel zu verleiten suchte, um sich mit seinem Schaden zu bereichern. Allein dagegen verdient erwogen zu werden, daß derjenige, welcher wissentlich Geld zur Beförderung einer verbotenen Handlung hergiebt, sich derselben theilhaftig macht [45]); und wenn Jemand beym Spiel einem Andern eine Sache verkauft, um Geld zum Spiel zu erhalten, so hat der Käufer keine Klage gegen den Verkäufer, wenn ihm die Sache evincirt wird [46]). Warum sollte denn derjenige eine Klage haben, welcher wissentlich zum Spiel Geld dargeliehen hat? Hierzu kommt noch, was Ulpian [47]) sagt: Si *quasi perdituro*

Worte *si δὲ καὶ.* etc. welche auf folgende Art richtiger übersetzt werden müssen: *Si vero etiam patres liberos, vel patroni libertos vicerint, datur contra patres et patronos utilis actio.* S. *Ant.* FABRI Rational. in Pandect. ad h. L. ult. und *Ant.* SCHULTING Thesium controversar. Decad. XXXIII. Th. 9.

44) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. CARPZOV Responf. iur. Lib. VI. Resp. 96. nr. 15. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2070. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. Bd. Meditat. 95. u. MALBLANC in Princip. iur. Rom. P. II. Sect. I. §. 463. nr. II. pag. 279.

45) *L. 7. D. de Lege Pompeia de parricid.*

46) *L. 2. §. 1. D. Quarum rerum actio non dat.*

turo pecuniam sciens credideris, non habebis actionem. Man setzt uns zwar verschiedene Stellen aus dem römischen Recht entgegen; allein eine genauere Prüfung derselben wird jeden überzeugen, daß sie für jene Meinung nichts beweisen. Die eine ist die *L. 3. §. 6. D. de in rem verso*, wo Ulpian sagt: Nec non illud quoque in rem domini versum, *Labeo* ait, quod mutuatus servus, domino emit volenti ad luxuriae materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumtus subministravit: neque enim spectamus, an bono domini cesserit, quod consumtum est, sed an in negotium domini. Es ist hier nicht von dem Falle die Rede, da dem Sklaven etwa das Geld von dem Dritten wissentlich zur Beförderung einer unerlaubten Handlung seines Herrn war dargeliehen worden; sondern der Sklave hatte Geld geborgt, und dasselbe, jedoch mit Bewilligung seines Herrn, zu solchen Sachen verwendet, die blos zur Schwelgerey und Ueppigkeit dienten. Nun entstand die Frage, ob unter diesen Umständen die actio de in rem verso gegen den Herrn begründet sey? Mit Recht entscheidet Ulpian diese Frage bejahend, weil es genug ist, daß das Geld für den Herrn, und zwar seinem Willen gemäß, verwendet worden, und dem Kläger, der sein Geld in gutem Glauben dargeliehen hatte, nichts zur Last zu legen war, wie Anton Faber[48]) dieses Fragment ganz richtig erklärt hat. Ajala[49]), welcher dem Dritten, der Geld zum

47) *L. 12. §. 11. D. Mandati.*

48) Rational. in Pandect. Tom. II. ad L. 3. §. 6. D. de in rem verso. pag. 246.

49) Commentar. ad L. 4. D. de aleator. bey OTTO Tom. IV. pag. 1002.

pore dolo eius [58]) subtractum est, iudicium non dabo.

Ob der Schade von den Spielern selbst, oder von andern geschehen ist, ist gleichviel [59]); eine Klage soll ein für allemal dem Aufnehmer (Susceptor) nicht zustehen, wenn er bey Gelegenheit des Spiels oder um des Spielens willen

58) Es lesen die florentinischen Ausgaben, als die Russardinische, die Charondaische, die von Hugo a Porta, und die Gebauersche. Baudoza und Haloander hingegen haben statt dolo eius, *domo eius*, und diese Leseart billigen besonders *Ger.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 259. §. De aleatoribus. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 1. pr. D. h. t. AJALA in Comm. ad L. 1. cit. pag. 914. et 916. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 1. und *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opusc. postum. f. Histor. Edictor. ad Tit. LV. Edicti perpet. not. d. pag. 538. Mit dieser Leseart stimmen auch die Basiliken überein, welche Tom. VII. p. 220. ἐξ αὐτοῦ κλέψας haben. Gebauer macht zwar den Einwurf, daß es *ex domo* heißen müßte; er bemerkt jedoch selbst, daß die fehlende Präposition durch eine Gemination des Buchstabens e in dem Worte tempore leicht ergänzt werden könne, wenn man nämlich *tempore e domo eius* lieset. Unser Erlanger Pandecten Codex hat hier die beste Leseart. Er lieset nämlich *de domo eius*. Daß auf jeden Fall statt dolo vielmehr *domo* gelesen werden müsse, erhellet theils daraus, weil *dolo* bey *subtractum* ein ganz unnützes Prädicat seyn würde, da es sich von selbst versteht, daß ein Diebstahl nicht ohne dolus gedacht werden kann; theils sieht man es aus der nachfolgenden Interpretation des Ulpians *L. 1. §. 2. D. h. t.* wo er das Wort *domus* erklärt. *Domum* autem, sagt er, pro habitatione et domicilio nos accipere debere, certum est.

59) S. MÜLLER ad *Struvii* Syntagma iuris civ. Exercit. XV. Th. 53. not. ε.

willen einen Schaden oder Beschimpfung erlitten hat. Aber merkwürdig ist der Unterschied, den Ulpian bey der Auslegung des Edicts macht, nämlich ob der Aufnehmer bestohlen worden ist, oder ob er sonst einen Schaden oder Beschimpfung erlitten hat. Im ersten Fall wird ihm nur dann die Klage versagt, wenn der Diebstahl in seiner Wohnung, und zur Zeit des Spielens geschahe; in dem letztern Fall hingegen soll ihm schlechterdings keine Klage zustehen, die Beleidung sey geschehen, wo, und zu welcher Zeit sie wolle. Ulpian sagt nämlich *L.* 1. §. 2. *D. h. t.*

Item notandum, quod susceptorem *verberatum* quidem, et *damnum passum*, ubicunque et quandocunque non vindicat: verum *furtum* factum domi, et eo tempore, quo alea ludebatur, licet lusor non fuerit, qui quid eorum fecerit, impune fit.

Wissenbach[60]) findet dies zwar sehr parador und ungerecht. Denn was heißt dieses anders, sagt er, als die Menschen zu Diebstälen, Injurien, und Beschädigungen unter dem Versprechen der Impunität anreitzen? Ueberdem stehe diese Verordnung mit dem bekannten Ausspruch der Gesetze[61]) im Widerspruche, *quod haud impunita maleficia esse oporteat.* Allein es verdient hier einen Platz, was Anton Faber[62]) zur Vertheidigung des Prätors geschrieben hat. Dignus quidem ille est, sagt er, qui

 hunc

60) Exercitatt. ad Pand. Disput. XXIII. Th. 16.

61) *L.* 51. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.*

62) Rational. in Pand. ad L. 1. pr. D. h. t. T. II. P. II. pag. 541. Fast eben dieser Gründe bedient sich zur Vertheidigung des Prätors auch MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XV. Th. 53. not. ξ.

pore dolo eius [58]) subtractum est, iudicium non dabo.

Ob der Schade von den Spielern selbst, oder von andern geschehen ist, ist gleichviel [59]); eine Klage soll ein für allemal dem Aufnehmer (Susceptor) nicht zustehen, wenn er bey Gelegenheit des Spiels oder um des Spielens willen

58) So lesen die florentinischen Ausgaben, als die Russardische, die Charondaische, die von Hugo a Porta, und die Gebauersche. Baudoza und Haloander hingegen haben statt dolo eius, *domo eius*, und diese Leseart billigen besonders *Ger.* NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 259. §. De aleatoribus. *Ant.* FABER in Rational. ad L. 1. pr. D. h. t. AJALA in Comm. ad L. 1. cit. pag. 914. et 916. *Io. Ortw.* WESTENBERG in Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 1. und *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opusc. postum. f. Histor. Edictor. ad Tit. LV. Edicti perpet. not. d. pag. 538. Mit dieser Leseart stimmen auch die Basiliken überein, welche Tom. VII. p. 220. ἐξ αὐτοῦ κλέψας haben. Gebauer macht zwar den Einwurf, daß es *ex domo* heißen müßte; er bemerkt jedoch selbst, daß die fehlende Präposition durch eine Gemination des Buchstabens e in dem Worte tempore leicht ergänzt werden könne, wenn man nämlich *tempore e domo eius* lieset. Unser Erlanger Pandecten Codex hat hier die beste Leseart. Er lieset nämlich *de domo eius*. Daß auf jeden Fall statt dolo vielmehr *domo* gelesen werden müsse, erhellet theils daraus, weil *dolo* bey *subtractum* ein ganz unnützes Prädicat seyn würde, da es sich von selbst versteht, daß ein Diebstahl nicht ohne dolus gedacht werden kann; theils sieht man es aus der nachfolgenden Interpretation des Ulpians *L. 1. §. 2. D. h. t.* wo er das Wort *domus* erklärt. *Domum* autem, sagt er, pro habitatione et domicilio nos accipere debere, certum est.

59) S. MÜLLER ad *Struvii* Syntagma iuris civ. Exercit. XV. Th. 53. not. g.

willen einen Schaden oder Beschimpfung erlitten hat. Aber merkwürdig ist der Unterschied, den Ulpian bey der Auslegung des Edicts macht, nämlich ob der Aufnehmer bestohlen worden ist, oder ob er sonst einen Schaden oder Beschimpfung erlitten hat. Im ersten Fall wird ihm nur dann die Klage versagt, wenn der Diebstahl in seiner Wohnung, und zur Zeit des Spielens geschahe; in dem letztern Fall hingegen soll ihm schlechterdings keine Klage zustehen, die Beleidung sey geschehen, wo, und zu welcher Zeit sie wolle. Ulpian sagt nämlich *L. 1. §. 2. D. h. t.*

Item notandum, quod susceptorem *verberatum* quidem, et *damnum passum*, ubicunque et quandocunque non vindicat: verum *furtum* factum domi, et eo tempore, quo alea ludebatur, licet lusor non fuerit, qui quid eorum fecerit, impune fit.

Wissenbach[60]) findet dies zwar sehr parador und ungerecht. Denn was heißt dieses anders, sagt er, als die Menschen zu Diebstälen, Injurien, und Beschädigungen unter dem Versprechen der Impunität anreitzen? Ueberdem stehe diese Verordnung mit dem bekannten Ausspruch der Gesetze[61]) im Widerspruche, *quod haud impunita maleficia esse oporteat.* Allein es verdient hier einen Platz, was Anton Faber[62]) zur Vertheidigung des Prätors geschrieben hat. Dignus quidem ille est, sagt er, qui

 hunc

60) Exercitatt. ad Pand. Disput. XXIII. Th. 16.

61) *L. 51. §. 2. D. ad Leg. Aquil.*

62) Rational. in Pand. ad L. 1. pr. D. h. t. T. II. P. II. pag. 541. Fast eben dieser Gründe bedient sich zur Vertheidigung des Prätors auch MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XV. Th. 53. not. ξ.

Grund hinzu, um die oben angeführte Meinung des Wissenbachs zu widerlegen: Nec est, quod quis putet, ea ratione ad delinquendum unumquemque invitari: cum potius, si certiorem sequamur rationem, id ita cautum sit, ad vindicandum delictum eorum, qui aleatoribus praebebant occasionem locumque ludendi. Nam cum ad impediendum hunc ludum, propter frequentiam eius, non sufficeret Praetor, caeterique Magistratus, singuli ad puniendum aleatorum receptatorem auctoritate publica per edictum Praetoris fuerunt armati: eo fere modo, quo id etiam factum in toto titulo, ac praecipue in *L. ult. D. Quod quisque iuris in alterum statuerit.*

Wenn die Spieler einander selbst beleidigen, oder berauben, oder sonst Schaden zufügen, so bleibt es beym gemeinen Recht, und die in einem solchen Falle zustehende Klage findet unter den Spielern gegenseitig Statt. Ulpian hat dieses ebenfalls bemerkt, wenn er *L.* I. §. I. *D. h. t.* sagt:

Si rapinas fecerint inter se collusores, *vi bonorum raptorum* non denegabitur actio: *susceptorem* enim duntaxat prohibuit vindicari, *non et collusores*, quamvis et hi indigni videantur [68]).

4) Geistliche, welche unerlaubten Spielen beywohnen, werden suspendirt [69]); und

5) die-

68) Man sehe über diese Stelle AJALA Comment. in h. L. p. 921.

69) *Auth.* Interdicimus *Cod. de Episcop. et cleric.* welche aus der *Nov. 123. cap. 10.* genommen ist. S. VAN ESPEN Ius eccles. univ. P. I. Tit. II. Cap. 5.

5) diejenigen, welche zum Spiel zwingen, werden mit Geld- oder Gefängnißstrafen belegt. Der Prätor sagt in seinem Edict, wie Ulpian die Worte desselben *L.* 1. *pr. et* §. 4. *D. h. t.* aufbehalten hat:

In eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam.

und erklärt dasselbe auf folgende Art: Haec clausula pertinet ad animadversionem eius, qui compulit ludere, ut aut multa multetur, aut in *lautumias*[70]) vel in vincula publica ducatur.

§. 759.

Heutige Anwendbarkeit dieser Grundsätze.

Ob die Grundsätze des Römischen Rechts über das Spiel noch heutiges Tages gelten, ist eine Frage, worüber die

70) *Lautumiae* sind keine lapidicinae, wie *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. meint; sondern eine Art Gefängniß, wie *Ger.* NOODT in Comm. ad Pandect. h. t. pag. 259. zeigt. Der Name stammt aus Syracus, wo das unterirdische Gefängniß, welches der Tyrann Dionys zur Bestrafung der Römer erbauen ließ, diesen Namen führte. Daher nennt Cicero *Orat. Verrin. VII.* dieses Gefängniß *Lautumiae Siracusanae.* Die Römer verstanden darunter dasjenige unterirdische Gefängniß, welches man das *Tullianum* nannte, vom König Tullus Hostilius. *Varro de Lingua Lat.* Lib. IV. und SALLUSTIUS *Conjurat. Catilin.* prope fin. Ausführlich haben davon *Franc.* POLLETUS in Historia fori Rom. Lib. V. cap. 14. pag. 510. sqq. und *Pentoja de* AJALA in Commentar. in L. 1. D. de aleat. pag. 930. sqq. gehandelt. Man sehe auch BRISSON. de V. S. h. v.

Grund hinzu, um die oben angeführte Meinung des Wissenbachs zu widerlegen: Nec est, quod quis putet, ex ratione ad delinquendum unumquemque invitari: cum potius, si certiorem sequamur rationem, id ita cautum sit, ad vindicandum delictum eorum, qui aleatoribus praebebant occasionem locumque ludendi. Nam cum ad impediendum hunc ludum, propter frequentiam eius, non sufficeret Praetor, caeterique Magistratus, singuli ad puniendum aleatorum receptatorem auctoritate publica per edictum Praetoris fuerunt armati: eo fere modo, quo id etiam factum in toto titulo, ac praecipue in *L. ult. D. Quod quisque iuris in alterum statuerit.*

Wenn die Spieler einander selbst beleidigen, oder berauben, oder sonst Schaden zufügen, so bleibt es beym gemeinen Recht, und die in einem solchen Falle zustehende Klage findet unter den Spielern gegenseitig Statt. Ulpian hat dieses ebenfalls bemerkt, wenn er *L.* I. §. I. *D. h. t.* sagt:

Si rapinas fecerint inter se collusores, *vi bonorum raptorum* non denegabitur actio: *susceptorem* enim duntaxat prohibuit vindicari, *non et collusores*, quamvis et hi indigni videantur [68]).

4) Geistliche, welche unerlaubten Spielen beywohnen, werden suspendirt [69]); und

5) die-

68) Man sehe über diese Stelle AJALA Comment. in h. L. p. 921.

69) *Auth.* Interdicimus *Cod. de Episcop. et cleric.* welche aus der *Nov. 123. cap. 10.* genommen ist. S. VAN ESPEN Ius eccles. univ. P. I. Tit. II. Cap. 5.

5) diejenigen, welche zum Spiel zwingen, werden mit Geld- oder Gefängnißstrafen belegt. Der Prätor sagt in seinem Edict, wie Ulpian die Worte desselben *L.* 1. *pr. et* §. 4. *D. h. t.* aufbehalten hat:

In eum, qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit, animadvertam.

und erklärt dasselbe auf folgende Art: Haec clausula pertinet ad animadversionem eius, qui compulit ludere, ut aut multa multetur, aut in *lautumias*[70]) vel in vincula publica ducatur.

§. 759.

Heutige Anwendbarkeit dieser Grundsätze.

Ob die Grundsätze des Römischen Rechts über das Spiel noch heutiges Tages gelten, ist eine Frage, worüber die

70) *Lautumiae* sind keine lapidicinae, wie *Ulr.* HUBER in Praelect. ad Pand. h. t. §. 3. meint; sondern eine Art Gefängniß, wie *Ger.* NOODT in Comm. ad Pandect. h. t. pag. 259. zeigt. Der Name stammt aus Syrakus, wo das unterirdische Gefängniß, welches der Tyrann Dionys zur Bestrafung der Römer erbauen ließ, diesen Namen führte. Daher nennt Cicero *Orat. Verrin. VII.* dieses Gefängniß *Lautumiae Siracusanae.* Die Römer verstanden darunter dasjenige unterirdische Gefängniß, welches man das *Tullianum* nannte, vom König Tullus Hostilius. *Varro de Lingua Lat.* Lib. IV. und SALLUSTIUS *Conjurat. Catilin.* prope fin. Ausführlich haben davon *Franc.* POLLETUS in Historia fori Rom. Lib. V. cap. 14. pag. 510. sqq. und *Pentoja de* AJALA in Commentar. in L. 1. D. de aleat. pag. 930. sqq. gehandelt. Man sehe auch BRISSON. de V. S. h. v.

die Rechtsgelehrten unter sich nicht einig sind. Einige wollen an der heutigen Anwendbarkeit derselben darum zweifeln, weil die Erfahrung des gemeinen Lebens lehre, daß nicht nur unsere Fürsten und Landesherrn selbst spielen, sondern auch das Spielen dulten. Sie lassen sogar die Karten stempeln, und ertheilen denjenigen, die sie verfertigen, die Privilegien eines Monopols. Ja, indem sie nur einige Spiele namentlich in ihren Landen verbieten, haben sie die übrigen eben dadurch stillschweigend erlaubt. So urtheilen Schöpfer[71]) und Beyer[72]). Andere[73]) hingegen behaupten, daß zwar wegen einer Spielschuld keine Klage Statt finde, aber auch das im Spiel Verlohrne, wenn es schon bezahlt ist, nicht wieder zurückgefordert werden könne. Noch andere[74]) gestatten sogar wegen einer Spielschuld eine Klage, wenn der Verspielende die freye Verwaltung seines Vermögens hat, auch nicht über 500 Ducaten verlohren, noch seine Kinder dadurch im Pflichttheile verletzt, und auch sich selbst dadurch nicht übermäßig an seinem Vermögen geschadet hat. Die richtigste Meinung ist jedoch unstreitig die Meinung derjenigen

Rechts-

71) Synops. Pand. h. t. nr. 19. und in Diss. de hodierna ludorum iustitia. *Francof. 1696.*

72) Delineat. Dig. h. t.

73) CARPZOV Respons. iur. Lib. VI. Resp. 96. nr. 16. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 19. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 7. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. Band §. 211.

74) LUDOVICI Doct. Pandectar. h. t. §. 4. und SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 3.

Rechtsgelehrten[75]), welche die Grundsätze des römischen Rechts über das Spiel auch heut zu Tage noch für gültig und anwendbar halten, soweit nicht Particulargesetze ein anderes verordnen. Man hat also vor allen Dingen darauf zu sehen, was die Landesgesetze eines jeden Orts wegen des Spielens überhaupt, und der Spielschulden insonderheit verordnen. Nach diesen muß man sich vor allen Dingen richten. Nun lassen sich zwey Fälle gedenken. Es sind entweder in denselben nur bloß gewisse Spiele, z. B. wahre und bloße Hazardspiele unter bestimmten Strafen verboten, oder es sind gewisse Spiele an sich erlaubt, aber auf eine gewisse mäßige Summe Geldes, die man in einem solchen Spiele verspielen oder gewinnen darf, eingeschränkt worden[76]). In dem ersten Falle sind zwar diejenigen Spiele, welche unter dem landesherrlichen Verbote nicht begriffen sind, für stillschweigend verstattet zu halten; sie müssen aber doch in ihren rechtlichen Folgen nach dem gemeinem Rechte, als welches hierdurch keinesweges für auf-

75) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXVI. medit. 3. WERNHER select. Observat. for. Tom. II. P. IX. Obs. 214. de BOEHMER nov. iur. controv. Tom. I. Obs. 5. Struben rechtliche Bedenken 4. Theil Bed. 131. und 5. Th. Bed. 9. Böhmer auserlesene Rechtsfälle 2. Band. Decis. 100. Götz Beiträge zur populären Rechtsgelehrsamkeit 2. Band Nr. XI. S. 178. ff. Weber syst. Entwickel. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 65. Not. 1. S. 232. THIBAUT Syst. des P. R. 2. Bd. §. 916. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2071. und *Io. Lud.* LANGGUTH Exercitat. super usu condictionis lusu perditi ex L. ult. Cod. de aleator. *Lips. 1762.*

76) Dies ist z. B. in Sachsen der Fall, worüber HOMMEL in Rhapsod. quaestion. forens. Vol. III. Obs. 476 weitere Nachrichten giebt. Man sehe auch *de* BERGER Oec. iur. L. III. Tit. X. Th. 7. not. 4.

aufgehoben zu halten ist, beurtheilt werden. Denn daraus, daß dieselben nicht ausdrücklich verboten sind, folgt nur soviel, daß diejenigen sich nicht straffällig machen, die sie spielen. Keinesweges aber wird dadurch der durch die allgemeinen in Deutschland geltenden Gesetze entkräfteten Verbindlichkeit der daraus herrührenden Forderungen eine gesetzliche Kraft beygelegt. Es findet daher, auch der nicht verbotenen Spiele halber, weder einige Verbindlichkeit, noch Klage Statt. In dem letztern Falle hingegen ist entweder diesen Gesetzen gemäß gespielt worden, oder nicht. In jenem Falle, da nämlich nicht über die gesetzlich erlaubte Verlust- und Gewinstsumme gespielt worden ist, kann man das Gewonnene behalten, und das schuldig Gebliebene fordern[77]). Sind hingegen solche Gesetze überschritten worden, so kann das über die gesetzliche Summe verspielte Geld zurückgefordert, das schuldig gebliebene aber nicht eingeklagt werden[78]).

Fehlt es aber an dergleichen landesherrlichen Verordnungen, so müssen uns die Römischen Spielgesetze allerdings zur Richtschnur dienen, 1) weil das Römische Recht bey uns in Deutschland nach seinem ganzen Umfange angenommen, und noch jetzt überall geltende Norm ist, insofern es nicht überhaupt unserer Verfassung widerspricht, oder durch besondere Landesverordnungen oder Gewohnheiten nicht aufgehoben worden ist. Nun läßt sich aber hier 2) keine dem Römischen Recht derogirende Gewohnheit er-

77) S. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 4. Götz in den angef. Beiträgen 2. Band Nr. XI. §. 8. S. 187. und Danz Handbuch des deutschen Privatrechts. 2. Band §. 211. S. 307.

78) de BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 10. Th. 7. not. 7.

erweisen. Man sagt es zwar den alten Deutschen nach, daß sie große Liebhaber vom Spiel gewesen seyn sollen [79]), und ihren Nachkommen scheint die Spielsucht fast angeerbt zu seyn. Daher sieht man, daß an Höfen und im Beysein der Fürsten so stark gespielt wird, wie in den Wohnungen der Privatpersonen. Gleichwohl darf der Richter das Spielen nicht nach dem Ton des gemeinen Lebens, sondern nur nach den Gesetzen beurtheilen, deren Diener er ist. Denn auch das Beyspiel der Großen vermag nicht eine, durch allgemein angenommene Gesetze verbotene, und, in Ansehung der daher entspringenden Verbindlichkeiten, ungültige Sache erlaubt oder gültig zu machen. Hierzu kommt, 3) daß die Gründe, worauf die Vorschrift des Römischen Rechts beruhet, von der Schädlichkeit des Spielens hergenommen sind, und daher auch noch jetzt fortdauern, weil wohl Niemand im Ernst behaupten wird, daß die Spielsucht heutiges Tages weniger Unheil nach sich ziehe, als zu den Zeiten des römischen Gesetzgebers. In Ansehung der Spielschulden sind zwar viel Rechtsgelehrten [80]) der Meinung, daß wegen derselben alsdann eine Klage Statt finde, wenn 1) über die Bezahlung einer solchen sonst ungültigen Schuld in der Folge ein Vergleich eingegangen worden, oder 2) die Schuld durch ein neues Versprechen, daß man sie bezahlen wolle, bestätiget worden ist. Allein diese Meinung läßt sich mit dem bekannten Satz nicht wohl vereinigen, daß keine wiederholte Zusage oder Genehmigung Jemandem ein Recht

79) TACITUS de moribus Germanor. cap. 24.

80) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2071. u. a. m.

Recht geben kann, auf die Erfüllung eines Geschäfts zu dringen, welches gegen die Vorschrift verbietender Gesetze eingegangen, und eben darum ganz ungültig ist. Es ist daher evident, daß in Ansehung verbotener Spielschulden nicht nur das eigentliche Constitutum, sondern auch jede freywillige Anerkennung ganz unverbindlich ist, weil die Gesetze in solchen Fällen dem Gläubiger durchaus alles Recht absprechen, und das Object, der nachherigen Anerkennung ungeachtet, doch immer die Eigenschaft behält, daß es den Rechten und verbietenden Gesetzen zuwider ist [81]). Es gilt dies besonders auch vom Transact. Ein Vergleich über eine Spielschuld hat doch immer eine res illicita zum Gegenstande. Wie kann also dadurch eine Verbindlichkeit als gültig anerkannt, und klagbar gemacht werden, welche die Gesetze dergestalt vernichten, daß sie sogar dem Schuldner erlauben, die schon geleistete Zahlung wieder zurückzufordern [82])? Aus eben diesem Grunde kann daher auch so wenig die Stellung eines Bürgen, als die Gebung eines Unterpfandes, oder Ausstellung eines Schuldscheins oder Wechselbriefs für eine solche Anerkennung gehalten werden, dadurch die Schuld gültig und klagbar werden könnte. Vielmehr können die für eine solche Schuld gegebenen Pfänder eben so gut, als diejenigen, zurückgefordert werden, die zur Bekräftigung einer weiblichen Bürgschaft gegeben worden sind [83]); und der Bürge kann sich sogut, wie der

81) S. Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 127. S. 561. f.

82) Es müßte denn etwa unter den Partheyen noch ungewiß gewesen seyn, ob das, worüber der Vergleich geschlossen worden, wirklich eine Spielschuld war, oder nicht.

83) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

der Aussteller des Schuldscheins gegen den Mitspieler, oder dessen Erben, oder gegen jeden, an den er etwa den Schuldschein abgetreten hätte, blos allein mit der Einrede: es ist eine Spielschuld, gegen die Bezahlung schützen[84]). Selbst das an sich nicht unerlaubte Billardspiel macht nach Strubens[85]) gegründetem Urtheil keine Ausnahme.

Uebrigens ist zwar an sich außer Zweifel, daß, wenn auch Particulargesetze gewisse Spiele erlauben, doch bey dem Spielvertrage immer die Bedingungen vorhanden seyn müssen, wovon die Gültigkeit eines Vertrags überhaupt abhängt, z. B., daß kein Betrug dabey vorgegangen sey, ferner daß der, welcher im Spiel verlohren, und bezahlt hat, über das Seinige zu disponiren fähig sey, u. s. w. Daß hingegen in Ansehung des Pflichttheils und der gerichtlichen Insinuation, wenn das im Spiel Verlohrne die Summe von 500 Ducaten übersteigt, eben das Statt habe, was von Schenkungen gilt, ist unerweißlich. Denn daß der Spielvertrag vielmehr ein oneroses Geschäft, als eine Schenkung sey, ist bereits oben bemerkt worden.

§. 760.

84) Wird freylich aus einem solchen Schuldschein executivisch geklagt, und die Einrede, daß die Schuld Spielgeld sey, kann nicht sofort bewiesen werden; so muß zwar der Aussteller vor der Hand bezahlen. Er kann aber nachher noch allemal im ordentlichen Prozeß die bezahlte Summe wieder zurückfordern, wenn er nur jetzt beweisen kann, daß es wirklich Spielgeld sey. Götz in den angef. Beyträgen 2. Bd. S. 194. Not. *. und *Christ. Gottl.* RICCIUS in Exercitat. iuris camb. V. Sect. V. de cambio super pecunia lusu deperdita dato. pag. 171.

85) Rechtl. Bedenken 4. Th. Bed. 131. und Band V. Bedenk. 9.

§. 760.

Grundsätze des römischen Rechts über die Wetten.

Mit den Glücksspielen haben zwar die Wetten viel Aehnlichkeit, doch sind sie in ihren rechtlichen Folgen von jenen ganz verschieden, und in dem römischen Rechte mehr, als diese, begünstiget[86]. Wette, *Sponsio*, ist ein Vertrag, wodurch zwey Personen, bey Gelegenheit einer unter ihnen streitigen Behauptung, mit einander einig werden, daß demjenigen ein gewisser Gewinn zu Theil werden solle, dessen Behauptung über die Existenz oder Nichtexistenz einer Thatsache sich bestätigen würde. Eine solche Wette kann entweder als ein bloßer Vertrag, oder als ein ungenannter Contract eingegangen werden. Ersteres geschieht, wenn einer dem andern verspricht, daß er ihm auf den Fall, da seine Behauptung in der Folge für falsch befunden werden würde, etwas bestimmtes leisten wolle. Letzteres hingegen ist der Fall, wenn ein Theil dem andern etwas Gewisses mit der Bedingung giebt, daß dieser es behalten solle, wenn er den Sieg über jenen davon tragen würde; in dem entgegengesetzten Falle aber das Empfangene

86) *Iac. Frid.* LUDOVICI Diss. de natura et interpretatione sponsionum. *Halae* 1704. *Tob. Iac.* REINHARTH Diss. de sponsionibus. *Erfordiae* 1734. *Sam. Frid.* WILLENBERG D. de Sponsionibus, in Desselben Disceptat. iuris Nr. 42. *Io. Petr.* BUCHER Prolus. de sponsionibus. *Steinfurti* 1769. Hymmens Beiträge zur jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten. 2. Samml. S. 70. ff. und Lud. Fried. Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht 4. Band Tit. 24. S. 1067. ff. enthalten gründliche Erörterungen dieser Rechtslehre.

gelte mit noch einmal soviel ersetzen sollen. In dem letztern Falle steht dem Gewinner die *actio praescriptis verbis* [87]; in dem erstern aber die *actio ex stipulatu*, wenn der Vertrag durch eine Stipulation geschlossen worden, wie bey den Römern der gewöhnliche Fall war [88]), oder, ohne Stipulation, wie nach heutigen Rechten, die *condictio ex moribus* zu [89]). Eine Wette ist demnach ein gültiger und klagbarer Vertrag. Mehrere Rechtsgelehrten [90]) wollen zwar behaupten, daß die Wetten nach dem Römischen Rechte eben so, wie die Spiele zu beurtheilen, und daher nur in den Fällen für erlaubt zu halten wären, wo nach dem Römischen Recht die Spiele erlaubt sind. Allein die Unrichtigkeit dieser Behauptung ist schon längst von andern [91])
hin-

87) *L. 17. §. fin. D. de praescript. verbis.*

88) *L. 108. L. 129. D. de Verbor. obligat. L. 27. D. de reb. credit. §. 6. I. de verb. obligat.*

89) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. III. Th. 6. Not. 3. in fin. TITIUS iur. privat. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. 15. §. 15.

90) *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disputat. XXIII. §. 18. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 21. und *Ge. Guil. de* REIBNITZ Diss. de sponsionibus iure naturali et civili illicitis. *Vitemb.* 1712.

91) Man sehe LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXVII. medit. 1. BERNHARTH cit. Diss. §. 9. Gebrüder Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 2. Band Med. 71. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 65. Not. 2. S. 233. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2073. sqq. u. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 917. Man vergleiche auch *Car. Otto* RECHENBERG Progr. de erroribus ICtorum in sponsionum doctrina. *Lipsiae* 1738.

hinlänglich dargethan worden. Die L. 3. D. de aleator. von Marcian sagt:

In quibus rebus ex Lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsionem facere licet. Sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet;

redet offenbar nur von Wetten über Spiele, wie aus der vorhergehenden L. 2. D. eodem noch deutlicher zu ersehen ist, und beweißt nur soviel, daß, wenn man über Spiele wettet, das Spiel erlaubt seyn müsse, wenn die Wette gültig seyn soll. Daß außer diesem Fall, da über ein verbotenes Spiel gewettet wird, die Wette für erlaubt und gültig zu halten sey, mithin auch daraus geklagt werden könne, lehren nicht nur die oben bereits angeführten Gesetze des Römischen Rechts[92]) ganz deutlich, sondern es beweißt dieses auch der Gerichtsgebrauch[93]). Dies muß denn auch noch jetzt zur Norm dienen, soweit nicht durch besondere Gesetze ein anderes verordnet ist[94]).

§. 761.

Erfordernisse gültiger Wetten.

Sollen jedoch Wetten als verbindliche und klagbare Verträge gelten, so müssen sie

r) die

92) S. Not. 87. und 88.

93) S. Io. a SANDE Decision. Lib. III. Tit. 9. Def. 1. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 19. Def. 18. und Hommel en in den angef. Beyträgen 2. Band S. 70. ff.

94) Z. B. nach dem Code Napoleon Art. 1965. entsteht aus einer Wette kein Klagrecht. Das Preuß. Landrecht 1. Th. 11. Tit. §. 579. läßt hingegen wegen der Wetten eine gerichtliche Klage nur alsdann zu, wenn die Wette sogleich baar gesetzt, und entweder gerichtlich, oder in die Verwahrung eines Dritten niedergelegt worden.

1) die zu einem gültigen Vertrage an sich erforderlichen Eigenschaften haben. Sie müssen also von Personen, die sich verbindlich machen können, ohne Betrug eingegangen werden. Wetten, die durch Betrug veranlaßt wurden, sind so ungültig, wie andere Verträge. Dahin gehört, wenn der Eine von der Gewißheit des Gegenstandes der Wette unterrichtet war, und dieses dem Andern nicht angezeigt, sondern vielmehr durch arglistige Verstellung denselben veranlaßt hat, daß er mit ihm über diesen Umstand eine Wette einging. Eine solche betrügliche Wette ist ungültig, und kann keine Klage wirken. Es ist jedoch deswegen nicht schlechterdings nothwendig, daß der Gegenstand der Wette für beyde Theile immer gleich ungewiß seyn müsse[95]). Ich kann auch über einen Umstand, den ich apodictisch gewiß weiß, mit einem Andern eine Wette eingehen, der ihn mir bezweifeln will, und die Wette ist vollkommen gültig, nämlich, wenn sich der andere an meine Versicherung, daß ich von meiner Behaup-

95) Runde in den Grundsätzen des allgem. deutschen Privatrechts §. 211. und Danz im Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. Band §. 211. S. 309. Nr. 2. behaupten zwar, bey Wetten komme es vorzüglich darauf an, ob der Gegenstand der Wette für beyde Theile gleich ungewiß oder gleich wahrscheinlich sey. Auch in Hofackers Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2074. heißt es: *Sponsio interponatur de eventu cuivis spondentium plane ignoto et incerto.* Allein daß dieses nicht schlechterdings erforderlich sey, haben Dabelow im Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privatrechts. 2. Th. 2. Abth. §. 1316. Griesinger im Commentar über das Wirtemb. Landrecht 4. Band §. 259. S. 1068. und Tittmann im Handbuche des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 3. Th. §. 564. Not. i. S. 555. richtiger bemerkt.

tung zuverlässige Gewißheit habe, nicht fehlte, sondern auf der Wette bestand. Denn unter diesen Umständen läßt sich wohl mit Grund nicht behaupten, daß dieser den Andern betrüglicher Weise zur Wette verleitet habe. Mit Recht sagt daher Berger[96]: Quodsi tamen unus scientiam rei habeat, eamque professus sit, alter autem nihilo secius spondendo se obstrinxerit, sponsio valet. Hiermit stimmt auch Titius[97] überein, wenn er sagt: Recte sponsio etiam initur de re, alteri certo cognita, modo dolus absit. Noch ausführlicher erklärt sich hierüber Ludovici[98], dessen Worte hier einen vorzüglichen Platz verdienen. Dolus, sagt er, in sponsionibus tunc committitur, si unus certitudinem rei, de qua ipsi iam constabat, dissimulat eo animo, ut alterum nihilo secius ad spondendum et per consequens ad certum damnum adliciat. Natura enim sponsionis est, ut uterque sit dubius, et rem periculo exponat. Dico, si unus certitudinem *dissimulat*. Ergo, si profitetur, sibi de eventu rei iam constare, de qua rumor incertus circumfertur, alter vero nihilominus sponsionem offert, quod haud raro fieri solet ab iis, qui nihil credunt, sed de omnibus dubitant, tunc hic sibi imputare debet, quod volens sibi damnum accerserit, et quoniam volenti non fit iniuria, hinc sine dubio sponsio valida erit. Auch zweydeutige und verfängliche Wetten, wobey der eine Theil die Worte in einer uneigentlichen, vom gemeinen Sprachgebrauche abweichenden Be-

deu-

96) Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 3. Th. 6. Not. 3.

97) Iur. privat. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. 15. §. 14.

98) Diss. de natura et interpretat. sponsionum §. VII.

deutung genommen hat, sind den betrüglichen gleich zu achten, und bewirken keine Verbindlichkeit [99].

2) Der Gegenstand der Wette muß nichts Unerlaubtes oder Schändliches enthalten [100]. Daher ist das sogenannte Pariren über den Ausgang eines Glücksspiels [1]; das Wetten über das Uebertreffen im Saufen [2], das Wetten über die Erhaltung eines öffentlichen Amtes [3]; u. d. nicht

99) Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 27. de Berger Oecon. iuris Lib. III. Tit. 3. §. 6. Not. 3. Ludovici Diss. de natura et interpretat. sponsionum §. 20. sqq. Anderer Meinung ist zwar Titius in Observation. in Compend. iuris Lauterbach. h. t. Obs. 295. welcher glaubt, die Wette sey gegen den zu erklären, welcher sich der zweydeutigen und verfänglichen Worte bedient hat, und also in der Bedeutung des gemeinen Sprachgebrauchs zu nehmen, und für gültig zu halten. Allein in den Gesetzen ist diese Meinung nicht gegründet. Sollte der Wettende auf eine solche Art für seinen Scherz büßen, so wäre dies eine Strafe, welche sich ohne ein Gesetz nicht annehmen läßt. S. Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht 4. B. S. 1072.

100) *L. 17. §. 5. D. de praescript. verb.* Ludovici Diss. cit. §. 9. — §. 15.

1) *L. 3. D. de aleator.* Das Pariren ist als Theilnahme an dem verbotenen Spiele selbst zu betrachten, und artet daher in ein policeywidriges Vergehen aus. S. Tittmanns Handbuch des peinlichen Rechts 3. Th. §. 564. S. 555. Das Preuß. Gesetzbuch Th. 2. Tit. 20. §. 1302. verbietet auch die Wetten bey erlaubten Spielen.

2) S. Lauterbach c. l. Berger c. l. Auch wegen einer solchen Wette findet eine Policeystrafe Statt. S. Eisenharts Rechtshändel Th. 6. Nr. 14.

3) *Nov. 8.* S. Titius Iure priv. Rom. Germ. Lib. IV. Cap. 15. §. 15. Leyser Specim. CXXVII. Medit. 8. Cor. 1.

nicht nur unerlaubt und ungültig, sondern es kann auch in solchen Fällen sogar eine Strafe eintreten. Leyser[4]) giebt die Regel, daß man, um zu beurtheilen, ob eine Wette für eine sponsio honesta zu halten sey, oder nicht, darauf sehen müsse, ob die Bedingung derselben eine solche sey, welche Verträgen und letzten Willensverordnungen gültig beygefügt werden kann, oder nicht. Hieraus lasse sich auch die Frage entscheiden, ob die Wette, daß der eine von beyden Wettenden nicht heurathen werde, für gültig oder ungültig zu halten sey. Ist derjenige, welcher wettet, er werde nicht heurathen, noch nie verheurathet gewesen, so sey die Wette ungültig. Wettet hingegen eine verwittwete Person, sie werde sich nicht wieder verheurathen, so sey das Geschäft für gültig zu halten[5]).

3) Die Summe muß nicht unmäßig seyn. In dem römischen Rechte sind zwar die Wetten auf keine gewisse Summe eingeschränkt[6]). Der Richter hat sich daher nicht darum zu bekümmern, wenn auch die Wette den größten Theil des Vermögens, oder gar das ganze Vermögen des Wettenden betreffen sollte. Man kann auch dem Wettenden die Rechtswohlthat der Competenz, die sonst dem Schenker zustehet[7]), eigentlich nicht einräumen,

da

4) Specim. CXXVII. medit. 3.

5) S. *Nov. XXII. cap. 43. et 44.* und Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 2. B. §. 211. Nr. 2. S. 309.

6) *Thom.* HERBAIUS libr. sing. rerum quotidian. Cap. 2. *Io. a* SANDE Decision. aurear. Lib. III. Tit. 9. Definit. 1. und CARPZOV P. II. Constit. XIX. Def. 18. nr. 15. haben dies ausführlicher gezeigt.

7) *L. 12. D. de donat. L. 19. §. 1. D. de re iudicata.*

da bey einer Wette die Absicht, seinem Paciscenten ein Geschenk zu machen, nicht füglich angenommen werden kann, noch weniger aber hier eine solche Zuneigung der Paciscenten gegen einander, wie bey Schenkungen, Statt findet, indem vielmehr jeder die Wette in der Hoffnung eingeht, dieselbe zu gewinnen [8]. Weil indessen unmäßige Wetten eben so verderblich und nachtheilig sind, als die Glücksspiele, so nimmt die Praxis den Grundsatz an, daß der Richter die Summe zu moderiren befugt, ja verpflichtet sey, wenn sie für den verlierenden Theil zu groß und beträchtlich ist [9]. Soviel ist jedoch gewiß, daß keine Gleichheit der gegenseitigen Leistungen erfordert werde, sondern der eine Wettende ungleich mehr als der andere setzen könne [10].

§. 762.

Lotterien, und die bey denselben vorkommenden verschiedenen Rechtsverhältnisse.

Bloße Glücksspiele sind ihrer Natur nach die Lotterien und Lottos. Nach gemeinen Rechten gehören sie

8) Man sehe Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht 4. B. S. 1072. u. folg.

9) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXXVII. medit. 7. de BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 3. Th. 6. Not. 3. nr. 3. FINKELTHAUS Observat. XXXIII. nr. 34. BOEHMER iur. Dig. h. t. §. 9. nr. 3. SCHAUMBURG Comp. iur. Dig. h. t. §. 5. MEVIUS Comment. ad ius Lubec. Lib. III. Tit. 9. Art. 3. nr. 41. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 58. not. s. Orth Anmerkungen über die Frankfurter Reformat. 2. B. S. 603. u. 604. Tittmann Handbuch des gem. deutschen peinlichen Rechts 3. Th. §. 564. S. 555. THIBAUT Syst. des Pand. R. 2. B. §. 917. a. E.

10) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 2074. lit. D.

daher unter die verbotenen Spiele, und können anders nicht, als mit ausdrücklicher Erlaubniß des Landesherrn, errichtet werden [11]). Solche privilegirte Lotterien sind dann als völlig erlaubte Hazardspiele zu betrachten, und das Geschäft, welches zwischen demjenigen, der in die Lotterie setzt, und der Lotteriedirection, oder dem Collecteur vorgeht, ist nichts anders als ein Hoffnungs- oder Glückskauf — *emtio spei simplicis*, und nach den Grundsätzen desselben im Allgemeinen zu beurtheilen [12]). Der bestätigte Lotterieplan enthält die Kaufbedingungen, und zugleich die legale Norm, nach welcher die Rechte und Pflichten der Direction sowohl, als andere Streitigkeiten über das Lotteriewesen, zwischen den Einsetzern, Gewinnern, den Directoren und Collecteurs, bey dem Mangel specieller Verabredungen, beurtheilt werden müssen [13]). Das Loos, oder Lotteriebillet vertritt zwischen der Di-

11) S. Moser von der Landeshoheit in Policeysachen. S. 485. und Günth. Heinr. von Berg Handbuch des teutschen Policeyrechts. 2. Th. S. 258. der zweiten Auflage.

12) *Christ.* WILDVOGEL Diss. de eo, quod iustum est circa Lotarias. *Ienae. 1718.* Th. 26. Strubens rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 160. a. S. 409. Joh. Lud. Eckard Lottorecht. Coburg 1771. 8. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 2. B. §. 212. S. 313. *Io. Gotthelf* BESCHORNER Diss. Quaestiones nonnullas ad ius Lottariarum pertinentes sistens, praes. *Christ. Gottl.* HAUBOLDO. *Dresdae 1806.* 4. und besonders Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 5. Band. (Hannover 1809. 4.) Erört. 28. S. 129. ff.

13) S. das allgem. Landrecht für die Preuß. Staaten. 1. Th. Tit. 11. §. 548. BESCHORNER Dissertat. cit. Cap. I. §. 2. und Hagemann a. a. O. §. 1. S. 130.

Direction und den Einsetzern die Stelle eines schriftlichen Vertrags[14]), woraus der Gewinner im Falle des ihm verweigerten Gewinstes auch executivisch klagen kann[15]). Das Recht zur Beziehung des Gewinns steht zwar Niemanden, als dem Eigenthümer des Looses zu[16]), jedoch begründet auch hier der Besitz die Vermuthung für den Inhaber, daß er zur Einziehung des Gewinns berechtiget sey, so lange kein Dritter denselben als einen unredlichen Besitzer darzustellen vermocht, oder ein besseres Recht erwiesen hat[17]). Ich halte es daher nicht für nöthig, daß der Vorzeiger des gewonnenen Looses den Titel und Grund seines Besitzes angebe, wie Wildvogel[18]) behaupten will[19]).

Um nun die Rechtsverhältnisse näher zu bestimmen, welche zwischen den Directoren der Lotterie und deren Collecteurs

14) Allgem. Preuß. Landrecht a. a. O. §. 554. u. Hagemann a. a. O. §. 2.

15) S. Joh. Ludw. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener pract. Rechtsmaterien 1. Band. Nr. 67. §. 3. BESCHORNER cit. Diss. Cap. VI. §. 2. und Hagemann a. a. O. §. 2. Not. * S. 231.

16) BESCHORNER cit. Diss. Cap. III. §. 3.

17) BESCHORNER Diss. cit. Cap. III. §. 2. sq. Hagemann a. a. O. §. 2. S. 231.

18) Diss. cit. Th. 33. in fin. pag. 34.

19) Das allgemeine Preuß. Landrecht 1. Th. 11. Tit. 6. Abschn. §. 555. verordnet: „der bloße Besitz eines solchen Looses berechtiget den Inhaber zur Einziehung des darauf gefallenen Gewinns." Hiermit stimmen auch andere Lotteriegesetze, z. B. die Dresdner, Weimarschen, Gothaischen und Hannöverschen überein, welche BESCHORNER cit. Diss. Cap. III. §. 1. angeführt hat.

worden ist, wird die Lotteriedirection durch den von ihr angestellten Collecteur unbedingt verpflichtet [27]). Auf jeden Fall haftet sie jedoch für die widerrechtlichen Handlungen, welche der Collecteur bey Ausübung des ihm aufgetragenen Geschäfts begieng; sie bleibt daher auch dann den Einsetzern vollkommen verpflichtet, wenn ihr Geschäftsträger die empfangenen Einsätze, oder die gehobenen Gewinne verschleudert, und nicht abgeliefert, mithin unredlich und treulos wider die Einsetzer gehandelt haben sollte [28]). Die Direction kann aus solchen dolosen oder culposen Handlungen ihres Mandatars unmittelbar belangt werden, und sie hat sodann ihren Regreß gegen den treulos handelnden Geschäftsträger mit der actio mandati contraria zu nehmen [29]). An diesen hält sich auch die Direction, wenn er den Spielern die Loose auf Credit hat verabfolgen lassen [30]). Jedoch ist auch gegen die Empfänger selbst auf die Bezahlung der Einsätze, sowohl die Direction, als der Collecteur zu klagen befugt, weil die Einsammlung der Einsätze gewöhnlich den Collecteurs mit übertragen wird [31]). Auf [illegible] kei-

27) Preuß. Landrecht a. a. O. §. 561. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 877. Hagemann a. a. O. S. 133.

28) *L. 11. §. 4. D. de inst. act.* Strubens rechtl. Bedenken 4. Th. Bed. 160. S. 409. und 5. Th. Bed. 38. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. II. Obs. 421. nr. 4. pag. 362.

29) S. Schmidts Abhandl. versch. pract. Rechtsmaterien 1. Bd. Nr. 67. §. 6.

30) HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 421. nr. 5. in fin.

31) Es treten hier die Grundsätze von den Rechten des Bevollmächtigers und Bevollmächtigten in Ansehung des Dritten ein. S. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 932.

[illegible] jedoch beträchtlichen Gewinn, daß die Collecteurs bey Gelegenheit ihres Geschäfts zufälligerweise machten, von der Direction in Anspruch genommen werden [32]). Dahin gehören z. B. die sogenannten Douceurgelder, d. h. diejenigen Geschenke, welche die Gewinner den Collecteurs, wenn der Gewinn beträchtlich ist, gewöhnlich machen, nicht der Direction, sondern den Collecteurs, die solche empfangen [33]).

Zwischen den Directoren, oder deren Geschäftsträgern und den Theilnehmern an der Lotterie kommen die Grundsätze vom Kaufcontracte zur Anwendung. Denn jene sind die Verkäufer, diese die Käufer, und die Loose, welche ein für allemal, ohne weitere Verabredung, ihren bestimmten Preis haben, enthalten die Urkunde, wodurch der Spieler die Hoffnung erkauft, zu der Glückswaare zu gelangen, welche sich in den Händen der Lotteriedirection und Casse befindet. Ein solcher Kauf wird auch stillschweigend bey demjenigen angenommen, welcher Lotterieloose annimmt, und bey sich behält, die ihm, wenn gleich ohne sein Verlangen, von einem Collecteur zugesendet worden sind.

§. 932. Nach dem Preuß. Landrecht 1. Th. Tit. 11. §. 558. findet jedoch keine Klage, sondern nur eine Compensation auf den gefallenen Gewinn Statt, wenn die Einsatzgelder creditirt sind.

32) S. Danz Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts 2. Bd. §. 212. S. 314.

33) Strubens rechtl. Bedenken. 4. Band. Bed. 173. und Hagemanns pract. Erörterungen 5. B. Nr. 28. §. 4. S. 133. f.

sind[34]. Aber ist der Interessent ein freywilliger Contrahent, und Niemand, er sey ein Fremder, oder auch ein Unterthan desjenigen Landesherrn, welcher die Lotterie verwilliget hat, kann zur Einlage gezwungen werden[35]. Allein da nach allen Lotterie-Planen die nicht verkauften, oder nicht renovirten Loose vor der Ziehung jeder Classe von den Collecteurs an die Direction zurückgesendet werden müssen, wenn sie nicht dafür verantwortlich seyn sollen, so war der Empfänger der Loose allerdings verbunden, sich entweder ausdrücklich, oder auch nur durch die blosse Zurücksendung derselben darüber zu erklären, daß er nicht Willens sey, das ihm angetragene Geschäft einzugehen. Unterläßt er dieses, so ist sein Stillschweigen hier, wo er sich zu erklären verbunden war, und noch vielmehr die positive Handlung der Zurückbehaltung der Billets für eine Einwilligung in den ihm von dem Collecteur angetragenen Kaufcontract anzusehen[36]. Der Empfänger des Looses tritt also durch die Zurückbehaltung desselben in alle Rechte und

34) E. von Bülow's und Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. Bd. Erört. 46.

35) Aus diesem Grunde, und weil überdem in solchen Fällen, wo es auf Verpflichtung eines Andern ankommt, das blosse Stillschweigen für eine Einwilligung nicht ausgelegt werden kann, hat die Erfurtische Juristen-Facultät in Schorchs neuer Sammlung auserlesener Gutachten und Urtheilssprüche. Erfurt 1798. 4. Nr. XXI. Qu. 4. nr. 27. ff. den Empfänger von der Verbindlichkeit den Preis des Einsatzes für die nicht zurückgesendeten Billets zu bezahlen, freygesprochen.

36) Daß auch ein Kaufcontract mit stillschweigender Einwilligung geschlossen werden kann, hat keinen Zweifel. S. de BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. Th. 1. Not. 3.

aus Verbindlichkeiten eines Käufers, und muß folglich auch den Einsatz, als den ein für allemal bestimmten Kaufpreis, bezahlen.

Jeder Spieler kauft indessen nur das Loos, oder vielmehr die Nummer, welche er in jeder Classe bezahlt, oder wofür er die Einlage gemacht hat. Zur Renovation desselben kann er nicht gezwungen werden, und es steht ihm völlig frey, nicht mehr mitzuspielen, wenn er keine Lust hat, sein Glück weiter zu versuchen[37]. Alsdann macht sich aber auch der Spieler seines fernern Antheils an der Lotterie verlustig, weil nur durch den Kauf der Nummer in jeder Classe eine Verbindlichkeit für die Lotterie erwächst, den darauf gefallenen Gewinn zu zahlen. Bey jeder einzelnen Classe der Lotterie ist daher ein besonderer Kaufcontract erforderlich, der geschlossene endiget sich mit der Ziehung einer jeden Classe, und wenn er für die folgende verbindlich fortdauern soll, so muß dafür eine neue Einlage gemacht, oder das Loos zur planmäßig bestimmten Zeit renovirt werden[38]. Es ergiebt sich hieraus, daß jeder Spieler sich zur Renovation selbst erbieten müsse, und von dem Collecteur keinesweges verlangen könne, daß er ihm die Loose zu jeder neuen Classe zusende[39]. Dies ist auch der Natur des Kaufcontracts, der beym Lotteriegeschäfte zum Grunde liegt, vollkommen gemäß, weil jeder Käufer sich zu der Waare selbst melden muß, und es ledig-lich

37) S. Schorchs neue Sammlung auserlesener Gutachten und Urthelssprüche der Erfurtischen Juristen-Facultät. Nr. XXI. Qu. 1. nr. 6. ff. S. 133. ff.

38) Hagemann a. a. O. §. 6. S. 135.

39) Hagemann a. a. O. §. 8.

sich in dem Verhältnisse eines Verkäufers stehe), oder er seine Waare anbieten wolle, oder nicht.

Nach den Grundsätzen des Kaufcontracts wird ferner der Spieler nicht eher Eigenthümer des gekauften Looses, als bis er den Einsatz dafür baar erlegt, oder von der Direction, oder dem Collecteur, deshalb Credit erhalten hat, wenn ihm gleich das Loos schon übergeben ist[40]. Letzteres wird jedoch im Zweifel nicht vermuthet[41], es ist daher im vorkommenden Falle der Spieler verpflichtet, den factischen Umstand zu erweisen, daß ihm entweder ausdrücklich durch Vertrag und Verabredung, oder stillschweigend, durch concludente Handlungen, Credit gegeben worden sey[42].

An wen sich der Gewinner seiner Bezahlung wegen zunächst zu halten habe, bestimmt gewöhnlich das Lotteriegesetz. Giebt dies keine Entscheidungsnorm an die Hand, so lehrt es schon die Natur der Sache, daß dem Gewinner die Wahl freystehe, und derselbe, auch mit Uebergehung des Collecteurs, sogleich die Direction selbst zu belangen be-

40) §. 41. *I. de rerum divis.*

41) S. WALCHII Introduct. in controv. iuris civ. pag. 599. §. 10.

42) Dahin würde z. B. zu rechnen seyn, wenn der Directeur oder Collecteur dem Spieler die Einsätze der frühern Classen ausdrücklich creditirt, und die Loose der folgenden Classen, ohne den Einsatz zu fordern, fernerhin zugestellt; oder wenn er dem Spieler die Loose der ersten Classen, ohne Zahlung des Einsatzes, zugeschickt, oder zugestellt, und sich nachher, wegen des in denselben gefallnen Gewinns, mit ihm berechnet, und dann Loose zu den folgenden Classen, ohne baare Zahlung des Einsatzes, überlassen hat. S. Hagemann a. a. O. §. 7. S. 136.

fugt sey[43]). Denn man muß hier von dem Grundsatz ausgehen, daß der Käufer des Looses eigentlich nicht mit dem Collecteur, der nur als Mandatar zu betrachten ist, sondern mit dem Unternehmer oder dem Directeur der Lotterie den Kaufcontract geschlossen hat[44]). Es ist dies um so mehr Rechtens, weil, wenn die Lotterie ihren Credit nicht verlieren soll, schlechterdings nöthig ist, daß eine prompte Zahlung erfolgen, und der Interessent sicher gestellt seyn muß, daß ihm der Gewinn ohnfehlbar zu Theil werde. Die Klage gegen die Lotteriedirection ist die *actio quasi institoria*, wenn der Kläger das Loos von dem Collecteur erhielt, sonst aber die *actio emti*, wenn er mit der Direction unmittelbar contrahirte[45]).

Endlich ist noch einer sehr gewöhnlichen Art des Spiels zu gedenken, welches man das Ausspielen[46]) nennt. Man versteht darunter das Spielen mehrerer um eine und dieselbe individuelle Sache, woran jeder Spieler Anspruch hat, und jeder seinen Rechten zum Vortheil der übrigen entsagen zu wollen verspricht, sobald die Bedingung des Spiels gegen ihn verneinend ausfallen würde, ohne daß eine ähnliche Sache oder Quantität dagegen

43) Beschorner Diss. cit. de iure lottariar. Cap. IV. §. 2.

44) Strubens rechtliche Bedenken. 4. Th. Bed. 160. a. S. 409. und Danz Handbuch des deutschen Privatrechts 2. Bd. §. 212. S. 314.

45) Wildvogel Diss. cit. Th. 37. nennt sie unrichtig *condictio ex moribus s. consuetudine*.

46) Eine vortrefliche Abhandlung über diesen Gegenstand ist Karl Grolman's Versuch einer Entwickelung der rechtlichen Natur des Ausspiel-Geschäftes. Giessen 1797. 8.

gegen versprochen wird. Man kann sich ein solches Geschäft nicht füglich gedenken, ohne zugleich damit den Gedanken an eine Uebereinkunft der Geschäftsmitglieder, an einen Spielvertrag, zu verbinden, und dieser Vertrag muß zwey Dinge bestimmen;

1) die Bedingung, auf welcher der Sieg beruhen soll. Was für eine Art von Spiel hierzu gewählt wird, ist gleichgültig. Es können Würfel oder Karten entscheiden. Es kann aber auch ein Kunstspiel z. E. Kegelspiel, Billardspiel, oder das Schießen nach der Scheibe gewählt werden. Zuweilen kann auch derselbe Augenblick das Schicksal aller Mitspieler entscheiden, und dasselbe Ereigniß, welches einen zum Sieger über einen macht, kann denselben auch zum Sieger über alle machen. Es ist z. B. zur Bedingung gemacht worden, daß der die Sache bekommen soll, dessen Nummer auf den ersten Auszug der Lotterie herauskommen würde.

2) Die Sache, deren Erwerbung für den Sieger von dem Ablauf der bestimmten Bedingung abhängig gemacht wird. Diese ist bey dem Ausspielen eine und dieselbe individuelle Sache. Auf diese beziehen sich also sowohl die bedingt gegebenen Rechte aller Spieler, als die bedingt übernommenen Verbindlichkeiten derselben. Jeder muß also dieselbe Sache, wenn die Bedingung günstig für ihn ausfällt, gewinnen, jeder muß aber auch dieselbe Sache, wenn die Bedingung gegen ihn abläuft, verlieren können. Es folgt hieraus, daß der Gegenstand, um welchen gespielt wird, eine Sache seyn müsse, woran zwar jeder der Interessenten Rechte, aber doch keiner ein ausschließendes Recht hat. Betrach-

tet man diesen Gegenstand genauer, so lassen sich besonders zwey Verhältnisse desselben zu den Spielern gedenken, nämlich es besaßen entweder

I. alle dieselbe Sache gemeinschaftlich, und wollen, um diese Gemeinschaft aufzuheben, und die Sache an einen ausschließend zu übertragen, um diese Sache spielen. Hier ist es klar, daß nichts, als dem wirklichen Spielen vorhergehend gedacht werden kann, wie der Vertrag zum Spielen. Dieser Vertrag besteht darin, daß jeder einzelne Theilhaber auf den Fall, daß er besiegt werden würde, seine an die Sache habende Rechte abzutreten verspricht. An wen aber, wenn der Spieler mehr, als zwey sind? Hier ist wohl, wofern nicht die Entscheidung für alle in ein Moment fällt, diejenige Vorstellung die natürlichste, wenn man sagt: Jeder einzelne verspricht, daß, sobald die Bedingung gegen ihn verneinend ausfallen würde, er von der Gesellschaft abtreten, seinen, als Theilhaber, an die gemeinschaftliche Sache habenden Rechten entsagen, und diese den übrigen, gegen welche die bestimmte Bedingung noch nicht absprechend entschieden hat, also der übrigen noch bestehenden Gesellschaft, überlassen wolle[47]). Hier tritt also der Besiegte nur ab, und ihm, der keine Rechte mehr hat, muß es ganz gleichgültig seyn, was die übrigen, unter denen die Gemeinschaft fortdauernd bleibt, mit der Sache machen wollen. Er kann weder verlangen, daß sie das Spiel fortsetzen, noch es hindern, wenn sie in der Gemeinschaft bleiben, oder die Sache theilen wollen. Von diesen übrigen Gesellschaftsgliedern hat

 keiner

47) Grolman hat dies in der angeführten Schrift S. 26. ff. ganz einleuchtend dargethan.

keiner größere und mehrere Rechte, als der andere. Sie behalten also auch, wenn sie die Gemeinschaft fortsetzen, gleiche, und bekommen gleiche Antheile, wenn sie die Theilung belieben. Selbst ein Zufall, welcher nach den Abtritt des Besiegten die Fortsetzung des Spiels hindern könnte, würde seine Rechte nicht wieder aufleben machen, ihn nicht wieder in die Gesellschaft zurückführen[48]).

II. Die auszuspielende Sache gehörte vorher noch nicht der spielenden Gesellschaft gemeinschaftlich zu. Es lassen sich hier wieder zwey mögliche Fälle gedenken.

a) Die Sache war bisher in dem alleinigen Eigenthum eines Dritten, d. h. eines solchen, der keinen Antheil am Spiele nimmt. Hier treten zwey ganz verschiedene Geschäfte ein, die sorgfältig von einander abgesondert werden müssen.

1) Ein vorbereitendes, wodurch die Sache erst an die Spielenden kommt, und in ein solches Verhältniß gegen sie gebracht wird, daß sie darum spielen können. Es hat also zur Absicht, der zum Ausspielen vereinigten Gesellschaft die Sache entweder wirklich zu erwerben, oder doch ihr einen Rechtstitel zur Erwerbung zu verschaffen. Wie könnten sie sich sonst wechselseitig den Gewinn und Verlust garantiren? Was dieses vorbereitende Geschäft für ein Vertrag sey, hängt von den Umständen ab. Es kann eine Schenkung, oder ein benannter oder unbenannter Contract seyn. Gewöhnlich ist es ein Kaufcontract, d. i. man giebt Einsatz[49]). Der Einsatz aller Spieler ist hier der

48) Grolman a. a. O. S. 25. ff.

49) Weil die ausgespielte Sache, den Einsatz aller zusammen gerechnet, gewöhnlich weit über ihren Werth von den Interessen-

den Kaufschilling, denn alle Einsetzenden sind nur für einen Käufer anzusehen. Es ist also nur ein Kauf mit allen Einsetzenden geschlossen, und dies ist ein unbedingter Kauf, mithin kein bloßer Hoffnungskauf. Denn die Hoffnung, die jeder der Einsetzenden hat, die Sache zu gewinnen, betrifft hier nicht, wie bey der emtio spei der Fall ist[50]), das künftige Daseyn der Sache, oder ihre künftige Unterordnung unter das Veräußerungsvermögen des Versprechenden, sondern einen außer der Sache liegenden Umstand. Bedingt kann der Kauf auch schon darum nicht seyn, weil es sich nicht denken läßt, daß der Verkäufer seine Verbindlichkeit von einer Bedingung abhängig machen wolle, wobey er doch selbst nicht im geringsten interessirt seyn kann. Ganz davon unabhängig ist

2) das eigentliche Spielgeschäft, welches sich auf einen blos unter den Spielern eingegangenen Vertrag gründet, wodurch die Erwerbung der durch jenes präparatorische Geschäft erst von der Gesellschaft erworbenen Sache für den Sieger vom Spiel abhängig gemacht wird.

senten bezahlt wird, so verbieten verschiedene Provinzialgesetze das Ausspielen. S. von Berg Handbuch des deutschen Policeyrechts Th. 2. S. 258. und Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 3. Th. §. 563. Allein wo das Ausspielen nicht durch Landesgesetze verboten ist, kann es an sich keinesweges für ein verbotenes Geschäft gehalten werden, sofern es sich nicht durch die Art, wie es unternommen wird, zu einem verbotenen Glücksspiele qualificirt.

50) *L. 8. §. 1. D. de contrah. emt.*

Es ist von practischer Wichtigkeit, diese beyden Geschäfte von einander abzusondern, und noch wichtiger ist es, das erstere von beyden für unbedingt, nicht für abhängig vom Ausgange des zweyten anzusehen[51]. Folgende Resultate werden uns davon lebhaft überzeugen.

α) Wäre das präparatorische Geschäft bedingt, so wären, wenn die Sache vor geendigtem Spiel zu Grunde geht, alle diejenigen, gegen welche die Bedingung noch nicht entschieden hat, vom Einsatz frey. Allein so ist es nicht. Sobald die Theilnehmer sich mit dem, welcher die Sache will ausspielen lassen, über den Einsatz vereiniget haben, ist der Contract vollkommen. Von diesem Augenblicke an geht auch die Gefahr der Sache auf die Käufer über, und sie sind, wenn gleich die Sache noch vor dem Ausspielen durch Zufall zu Grunde geht, dennoch den Einsatz zu entrichten verpflichtet. Von diesem Augenblicke an muß aber auch der Verkäufer für culpa levis haften, wenn die Sache durch seine Unthätigkeit deteriorirt wird, ja er muß für custodia plena stehen, d. h. er ist für das geringste Versehen verantwortlich, wenn vor der Uebergabe die Sache verlehren, oder zu Grunde geht[52].

β) Der Ausspielende ist verbunden, die Sache der Gesellschaft, nach Erlegung des Einsatzes und völliger Befriedigung desselben in Rücksicht des bestimmten Preises, sogleich zu übergeben; statt daß derselbe, wenn der Kauf

51) S. Grolman in der angef. Schrift S. 45. ff.

52) *L. 5. §. 2. D. Commod. L. 13. §. 22. D. de act. emti vend. L. 1. §. 1. D. 2. §. 1. L. 3. D. de peric. et commodo rei vendit.*

Kauf bedingt wäre, erst die Entscheidung abwarten dürfte, und nur dem die Sache zu übergeben verbunden wäre, welchen das Spiel und die festgesetzte Bedingung begünstiget hat. Endlich

γ) wäre der mit dem Ausspieler geschlossene Vertrag bedingt, so müßte der Verkäufer die Kosten, die er vor dem Eintritt der Bedingung auf die Sache verwendet hat, allein tragen, weil er in der That sein eigenes Geschäft führt. Statt dessen aber liegt es nach der richtigern Ansicht gleich nach geschlossenem erstern Geschäft den Käufern ob, die Kosten selbst zu bestreiten, und diese dem Verkäufer, wenn er sie vorgeschossen hat, zu ersetzen. Noch ist ein anderer Fall denkbar, nämlich

b) der, wenn derjenige, welcher die Sache ausspielen läßt, selbst Antheil am Spiel nimmt. Man würde sich sehr irren, wenn man hier annehmen wollte, daß das Ausspielgeschäft blos in einem Vertrage zwischen dem, welcher die Sache ausspielen läßt, und jedem einzelnen Theilnehmer bestehe, nämlich gegen Erlegung des bestimmten Einsatzes, mit ihm zu spielen, und ihm, im Falle des Sieges, die Sache zu überlassen. Denn der Umstand, daß der Ausspieler zugleich an dem Spiele selbst Theil nimmt, kann in der Hauptsache nichts ändern. Das Ausspielgeschäft besteht also hier gerade, wie in dem vorigen Falle,

1) in einem präparatorischen, wodurch die Sache der Gesellschaft erworben wird, und dieses ist, wenn gegen Einsatz gespielt wird, ebenfalls ein reiner Kauf.

2) Aus dem eigentlichen Spielgeschäft.

Die Folgen sind auch hier eben so, wie in dem vorigen Falle; nur daß hier der Ausspielende sich auch darum zu bekümmern hat, was die Spieler mit der Sache vornehmen, weil er hier auch bey dem Spiel selbst interessirt ist, mithin auch als Spieler und Gesellschaftsmitglied Rechte hat, welche dem Ausspielenden in dem vorigen Falle nicht zugeschrieben werden konnten[53].

53) S. Grolman a. a. O. S. 55. ff.

Lib. XI. Tit. VI.

Si mensor falsum modum dixerit.

§. 763.

Wer heißt hier *mensor*? Rechtliches Verhältniß, wenn er unrichtig vermessen hat.

Mensor wird hier derjenige genennt, welcher die Größe einer Sache nach den Regeln der Geometrie zu bestimmen hat [54]). Diese Mensoren waren bey den Römern Gelehrte, welche die Geometrie lehrten, und als eine ars liberalis ausübten [55]). Daher werden sie Magistri geometriae [56]), und Geometrae [57]) in den Gesetzen genennt, und Kr. Valentinian [58]) nennt ihre Beschäftigung eine *erudita ars*. Sie standen in großer Achtung [59]), und werden spectabiles auch clarissimi [60]) genennt. Man bediente sich

54) S. Exercitat. iurid. antiquar. de agrimensoribus Romanorum. *Bremae 1771. 8.*

55) *L. ult. Cod. de excusat. artific.*

56) Man sehe die Verordnung der Kr. Theodos u. Valentinian bey GOESIUS in scriptor. rei agrariae pag. 343.

57) *L. 2. C. de excusat. artif. L. 22. D. de excusat.*

58) *L. 5. C. Th. finium regundor.*

59) CASSIODORUS *Variar. Epistolar.* Lib. III. Epist. 53. S. GROTII Florum sparsio ad ius Iustinian. pag. 149.

60) S. die Verordnung der Kr. Theodos u. Valentinian bey GOESIUS in scriptor. rei agrar. pag. 343.

sich nun dieser Mensoren sowohl bey Gränzstreitigkeiten, wie schon an einem andern Orte[61]) vorgekommen ist, als auch insonderheit bey Kaufshandlungen, wenn es entweder dem Käufer oder dem Verkäufer daran lag, den Flächeninhalt eines Ackerstücks genau zu wissen[62]). Hatte nun ein solcher Mensor ein falsches Maas angegeben, so existirte nach dem römischen Civilrecht keine Klage, wodurch der dadurch entstandene Schaden hätte verfolgt werden können. Denn zwischen dem agrimensor, und demjenigen, dessen Grundstück er maas, bestand nach der Ansicht der Römer kein gültiges Geschäft, sondern es war nur eine Gefälligkeit, welche jener diesem erzeigte, wenn er eine solche Messung übernahm. Wurde er auch für seine Mühe belohnt[63]), so war dies doch kein Lohn, so wie man ihn

61) S. des 10. Theils 2. Abth. §. 717. Not. 32. S. 436.

62) *L. 1. pr. D. h. t.* Adversus mensorem agrorum Praetor in factum actionem proposuit, a quo falli nos non oportet. Nam interest nostra, ne fallamur in modi renunciatione: si forte vel de finibus contentio sit, vel emtor scire velit, vel venditor, cuiusmodi ager veniat.

63) In gewissen Fällen war die Belohnung der agrimensorum sogar gesetzlich bestimmt. Merkwürdig ist die Verordnung des Krs. Theodosius *ad Numum Magistrum officiorum*, welche *Wilh.* GOESIUS inter Leges de controversiis agrorum pag. 343. anführt: *Praecipimus itaque Agrimensoribus, ut pro laborum vicissitudine Geometricae artis, fundo cui finem restituens in trifinii rationem steterit, et convenientiam trium centuriarum ibidem esse signaverit, tres aureos accipiat, absque sua pulveratica. Quodsi limitem direxerit, volumus, ut per singulas possessionis uncias singulos aureos accipiat.* Was hier PULVERATICA, oder, wie es *L. 16. Cod. Theodos. de Tironibus* genannt wird, PULVERATICUM sey, ist ungewiß. *Iac.* CUJACIUS Obser-

ihn dem Handwerksmanne accordirt; denn mit einem Gelehrten schließt man keinen Miethcontract, wenn er uns Dienste zu leisten verspricht; sondern es ist ein Honorar, was man ihm blos zur Bezeigung seiner Erkenntlichkeit, aber nicht als ein Aequivalent giebt[64]). Um den aus diesem

servat. Lib. IV. cap. 18 und *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 16. Cod. Theod. de Tironib. Tom. II. Lib. VII. Tit. 13. pag. 390. der Ritterschen Ausgabe verstehen darunter *honorarium, quod quasi pro labore et pulvere Agrimensoribus dabatur.* Allein diese Meinung widerlegt sich schon aus der angeführten Constitution von selbst, in welcher das pulveraticum von dem Honorar ganz deutlich unterschieden wird. *Wilh.* GOESIUS in Notis ad Scriptor. rei agrariae pag. 194. erklärt das *Pulveraticum* auf eine andere Art: Erit potius illud, sagt er, *quod militi, aliive cuiquam datur, antequam ad pulverem et laborem castrorum alteriusve cuiusdam exercitii accedat.* Ihm stimmt auch der Verfasser der oben angeführten Abhandlung de Agrimensoribus Romanor. §. 20. Not. ** pag. 60. bey, und vergleicht es mit der jetzt üblichen *arrha.* Die richtigste Erklärung scheint mir jedoch die zu seyn, welche *Io. Dan.* RITTER ad L. 16. Cod. Theod. de Tironib. not. c. Tom. II. pag. 390. giebt, wenn er sagt: PULVERATICA *agrimensoribus data non est aliud, quam pecunia in singulos dies victus causa attribuenda, quam hodie solemus erogare in illos, quibus negotia nostra peregre agenda dedimus.* Also was man heut zu Tage Diäten zu nennen pflegt.

64) Wenn gleichwohl Paulus *L. 4. §. 1. D. finium regundorum* sagt: Sed etsi mensor ab altero solo *conductus* sit, condemnatio erit facienda eius, qui non *conduxit*, in partem *mercedis*; so geschieht dies im uneigentlichen Sinn; wie auch *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. bemerkt hat. In diesem uneigentlichen Sinn wird auch *L. 1. §. 1. D. h. t.* das Wort *merces* für honorarium

sem Grunde leicht möglichen Betrügereyen vorzubeugen, wurde daher durch das prätorische Recht eine *actio in factum* für den Fall eingeführt, wenn der mensor durch dolus oder culpa lata dem einen oder andern Theile Schaden gethan hätte. Ulpian sagt *L. 1. D. h. t.* Ideo autem hanc actionem proposuit Praetor, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam *beneficii loco* praeberi: et id, quod datur, ei ad remunerandum dari, et inde *honorarium* appellari. Si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit, nec tenere intentionem[65]). Haec actio *dolum malum* duntaxat exigit: visum est enim, satis abundeque coërceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, *qui civiliter obligatus non est*; proinde, si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit: sed et si negligenter, aeque mensor securus erit. Lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare, propter verba Edicti: utique enim scit Praetor, et mercede eos intervenire.

§. 764.

Eigenschaft der actio in factum gegen den mensor. Ausdehnung dieser Klage auf mehrere Fälle.

Die *actio in factum* wider den agrimensor setzt also voraus,

1) das

norarium genommen. Denn unmittelbar vorher wird ausdrücklich gesagt, zwischen dem agrimensor und demjenigen, welcher sich desselben bedient, bestehe keine locatio conductio.

65) In den *Basilic.* Tom. VII. Lib. LX. Tit. 9. pag. 236. heißt es: *καὶ ἀχρήστως τις κινεῖ τὴν περὶ μισθώσεως ἀγωγήν.* i. e. *et in eum locati conducti inutiliter agitur.*

1) daß das Maas oder die Größe eines Grundstücks von dem mensor zu Jemandes Schaden falsch angegeben worden sey, (falsum modum renunciatum esse). Hat der mensor blos die Ausmessung verzögert, und dadurch den Verkäufer in Schaden gesetzt, weil dieser dem Käufer versprochen hatte, daß das Grundstück binnen einer gewissen Zeit ausgemessen werden solle; so hat nicht diese Klage, sondern die *actio doli* Statt[66].

2) Dem

66) *L.* 5. *pr.* *D.* *h. t.* Si mensor non falsum modum renunciaverit, sed traxerit renunciationem, et ob hoc evenerit, ut venditor *liberetur*, qui adsignaturum se modum intra certum diem promisit: haec actio locum non habet. Sed nec dari utilem debere, *Pomponius* ait. Erit ergo ad *actionem de dolo* decurrendum. Statt *liberetur*, wie die Florentine lieset, wollen CUJACIUS Observation. Lib. VII. cap. 35. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 261. *Io.* VOET Com. ad Pandect. h. t. §. 3. in fin. und POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. II. not. b. pag. 336. lieber *laederetur* lesen. Diese Emendation macht auch der Sinn des Gesetzes nothwendig, und wird durch die Basiliken unterstützt. Diese haben Tom. VII. pag. 237. Ἐὰν μὴ ὁ μετρητὴς εὐφωνήσῃ, ἀλλ' ὑπερθέμενος βλάψῃ τὸν πράτην etc. i. e. *Si mensor non renunciaverit falsum modum, sed dilata renunciatione laeserit venditorem.* *Corn.* *van* BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. III. cap. 15. pag. 188. sucht zwar die florentinische Leseart zu vertheidigen, und gründet sich auf *L.* 40. *pr.* *D. de contrab. emt. vendit.* Allein seine Erklärung ist erzwungen, und den Worten des Gesetzes zuwider. Es lesen auch mehrere Cod. mmscr. LAEDERETUR. Brenkmann führt in der Gebauerschen Ausgabe sechs an, die er selbst verglichen hat. Auch Charondas bezeugt dieses. In den Scholien der Basiliken Tom. VII. pag. 241. not. x. wird nach *promisit* noch zur Erläuterung hinzugefügt: καὶ πρόστιμον προσέθετο, εἰ μὴ ἐμπροθέσμως παραδῷ. i. e. *et poenam adjecit, nisi ad diem adsignarit.*

2) Dem agrimensor muß ein dolus oder eine culpa lata zur Last fallen. Mehr kann man von einem mensor nicht fordern, als daß er dafür hafte[67]). Es ist auch kein Unterschied, ob er eine Belohnung erhalten, oder die Messung umsonst übernahm[68]). Es kommt auch darauf nicht an, ob ihm die Messung vom Richter, oder von den Partheyen aufgetragen worden[69]), desgleichen, ob die Messung von ihm selbst geschehen ist, oder von ihm einem Andern überlassen worden. Denn auch für dessen dolus oder grobe Unachtsamkeit ist er verantwortlich[70]).

3) Der verletzte Theil muß durch kein anderes Rechtsmittel seine Entschädigung erhalten können. Denn die actio in factum ist nur subsidiarisch, und findet daher nicht Statt, wenn der in Schaden gesetzte Theil schon durch die actio venditi, oder emti, oder condictio indebiti hinlänglich gedeckt ist[71]).

L. 3. §. 2. *D. h. t.* POMPONIUS tamen scribit, si emtor plus dederit venditori propter renunciationem, quia *condicere* potest, quod plus dedit, agi cum mensore non posse: nihil enim emtoris interesse, cum possit *condicere*; nisi solvendo venditor non fuit, tunc enim mensor tenebitur.

L. 3. §. 3. *D. eodem.* Sed si venditor maiorem modum tradiderit, fraudatus a mensore, consequenter dicit

67) S. Egid von Löhr Theorie der Culpa. S. 194. u. Ebenderselbe in den Beyträgen zur Theorie der Culpa S. 78.

68) *L.* 1. §. 1. *D. h. t.*

69) *L.* 3. §. 4. *D. eod.*

70) *L.* 1. §. 2. *L.* 2. §. 1. *D. h. t.*

71) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

dicit POMPONIUS, non esse actionem adversus mensorem; quia est *ex vendito actio* adversus emtorem; nisi et hic emtor solvendo non sit.

L. 5. §. 1. *D. eod.* Si, cum falsus modus renunciatus esset, emtor cum venditore *ex emto* egisset: agere poterit etiam cum mensore[72]). Sed, si nihil eius interest, condemnari mensorem non oportet. Quodsi non de toto modo, qui deerat, cum venditore egerit, sed de minore: consequenter scribit POMPONIUS, de residuo cum mensore agi posse.

4) Uebrigens steht die Klage jedem zu Gebote, dem durch die Angabe des falschen Maaßes geschadet, und welcher dadurch veranlaßt worden ist, das Grundstück entweder zu theuer zu kaufen, oder zu wohlfeil zu verkaufen. Also der Käufer oder Verkäufer, oder wer sonst dabey interessirt ist, kann sie anstellen[73]). Sie kommt daher auch dem Erben zu statten, oder wer sonst, dem Erben gleich, in des Verletzten Rechte eintritt[74]). Hingegen

5) wider die Erben des agrimensoris findet die Klage nach dem Römischen Recht nicht Statt, weil sie ein factum illicitum zum Grunde hat[75]). Eben deswegen haften auch mehrere wegen der Entschädigung in solidum, jedoch befreyet die von dem einem geleistete Entschädigung die

72) Wenn nämlich der Käufer seine Entschädigung von dem Verkäufer nicht erhalten hat. S. POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. IV. not. e.

73) *L.* 3. §. 1. *D. h. t.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

74) *L.* 3. §. 5. *D. h. t.*

die übrigen[75]). Die Klage ist daher, wie Noodt[76]) ganz richtig bemerkt, in Ansehung des Klägers eine actio rei persecutoria; hingegen von Seiten des Beklagten eine Pönalklage. Nach dem kanonischen Recht wird jedoch die Klage auch gegen die Erben gestattet, soweit die Erbmasse zureicht[77]).

6) Die Klage geht auf den Ersatz des durch Angabe des falschen Maaßes verursachten Schadens. Z. B. was der Käufer wegen der falschen Angabe mehr für die Sache gegeben, oder der Verkäufer weniger für dieselbe erhalten hat. Die Basiliken[78]) sprechen zwar immer von einer poena dupli, welche den mensor treffe. Allein in den Gesetzen dieses Titels ist diese Strafe nicht gegründet. Diese reden blos von Leistung des Interesse[79]). Hat der Kläger schon zum Theil seine Entschädigung von dem erhalten, mit welchem er das Geschäft über das Grundstück geschlos-

75) *L. 3. pr. D. h. t.* S. KLEINSCHROD Doctrina de reparatione damni delicto dati Specim. I. §. 10.

76) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 261.

77) *Cap. 5. X. de raptor.* S. KLEINSCHROD Doctrina cit. Specim. I. §. 14. besonders in Rücksicht der gegenwärtigen Klage STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 21. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 867.

78) Tom. VII. pag. 235. Ο μετρητὴς ψευσάμενος περὶ τὸ μέτρον τοῦ φιλονεικουμένου ἢ πιπρασκομένου ἀγροῦ, ὑπόκειται τῇ τοῦ διπλοῦ ἀπαιτήσει. i. e. *Mensor, qui falsum modum dicit agri litigiosi, aut venditi, in duplum tenetur.*

79) *L. 1. pr. L. 3. §. 1. 2. et 3. D. h. t.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 7. et 8.

schlossen hat; so findet die Klage nur noch wegen des Ueberrests Statt [80]).

7) Die Klage ist eine actio perpetua, welche erst durch eine Verjährung von dreyßig Jahren erlischt. Paulus führt den Grund an *L. 4. D. h. t.* Haec actio perpetua est, quia initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem accepit. Noodt [81]) Anton Faber [82]) und Böckelmann [83]) finden diesen Grund bündig und passend. Prius enim est, sagt Faber, ut mensor susceperit munus, et officium metiendi et renunciandi, quam ut dolo malo versatus sit in falso modo renunciando. Böckelmann fügt noch hinzu: In hac autem susceptione hoc actum videtur, ut bona fide fieret mensio, quodsi contra istam susceptionis legem fecerit mensor, videtur potius ex conventione violata quam delicto conveniri: quia conventio praecessit delictum, et cum dubitatur de natura actionis, semper initium negotii spectandum esse, ULPIANUS quoque post LABEONEM confirmat [84]). Allein Jacob Voorda [85]) glaubt hier ein Beyspiel zu finden, wodurch die Bemerkung bestärkt wird, die schon längst Cujaz [86]), Janus

80) *L. 5. §. 1. D. h. t.*

81) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 261. in fin.

82) Rational. in Pandect. ad h. L. 4. h. t.

83) Commentar. in Dig. h. t. §. 6.

84) *L. 8. pr. D. Mandati.*

85) Interpretat. ad Emendation. iuris Rom. Lib. I. cap. 10.

86) Observation. Lib. XVII. cap. 15.

Janus a Costa [87]), und Gilbert Regius [88]) gemacht haben, nämlich, daß die Römischen Rechtsgelehrten nicht immer die richtigen Gründe von ihren Entscheidungen und behaupteten Rechtssätzen angegeben haben. Es ist wohl ganz einleuchtend, daß der Anfang des übernommenen Geschäfts keinen Einfluß haben kann auf die Dauer der Klage, und daher die Klage nicht ex suscepto negotio, sondern vielmehr ex circumscriptione entspringt. Denn Ulpian [89]) sagt ja ausdrücklich: Haec actio *dolum malum* duntaxat exigit. Der wahre Grund, warum die Klage perpetuirlich ist, scheint vielmehr der zu seyn, welchen Paulus angiebt *L. 35. D. de obligat. et action.* quia honorariae actiones, *quae rei persecutionem habent, nec contra ius civile dantur*, etiam post annum dantur.

8) Direct hat die actio in factum nur gegen einen agrimensor bey Feldgütern Statt. Der Prätor hat aber die Klage nachher auf die Vermessung aller andern, sowohl unbeweglichen als beweglichen Sachen, ausgedehnt, so daß daher diese Klage utiliter auch bey Gebäuden, Wein, Getraide, u. dergl. gebraucht werden kann [90]). Sie findet ferner Statt, wenn über die Breite eines Weges gestritten wird, und es auf eine Vermessung ankommt [91]). Der Kaiser Severus gestattete sie auch durch ein Decret gegen einen Baumeister [92]), und Ulpian dehnt sie sogar auf

87) Commentar. ad Decretal. Lib. I. Tit. 29. pag. 144.

88) Εναντιοφαν. Lib. II. cap. 14.

89) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

90) *L. 5. §. 2. D. h. t.*

91) *L. 6. L. 7. pr. et §. 1. D. eodem.*

92) *L. 7. §. 3. D. h. t.*

auf einen Rechnungsführer aus, wenn er arglistig oder aus grober Nachlässigkeit einen Rechnungsfehler übersehen hat[93]).

§. 765.

Heutige Anwendbarkeit.

Daß auch noch heut zu Tage die actio in factum contra mensorem Statt finde, wenn das Ausmessen eines Grundstücks von einem Gelehrten nach den Regeln seiner Kunst geschehen ist, leidet keinen Zweifel[94]). Oft geschieht aber auch heutiges Tages die Ausmessung von solchen Personen, die sich dazu für einen Lohn dingen lassen, und sich von diesem Metier nähren. Das Geschäft, welches mit solchen Leuten geschlossen wird, ist denn freylich nur eine locatio conductio operarum, und die Verbindlichkeit derselben nach den Grundsätzen dieses Contracts zu beurtheilen. Sie haften daher mit der actione conducti für culpa levis, wenn sie ein falsches Maas angegeben haben[95]).

93) *L. 7. §. 4. D. h. t.* Ego etiam, sagt Ulpian, adversus *tabularium* puto actiones dandas, qui *in computatione* fefellit. Bey den Römern gab es zweyerley Arten der *Tabulariorum*. Einige waren in Diensten der Städte, und hatten das Steuer- und Rechnungswesen unter sich; andere wurden in gerichtlichen Geschäften gebraucht. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad Cod. Theodosian. Tom. II. pag. 488. Hier ist unstreitig von den erstern die Rede. Sie werden daher auch *L. 1. §. 6. D. de extraord. cognit.* ausdrücklich *calculatores* genennt, und zur Classe der Gelehrten gezählt. Man sehe auch BRISSONIUS de Verb. Signific. v. *Tabularius*.

93) S. HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. §. 1. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3.

94) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXI. §. 24. *Mich. God.* WERNHER Lectissimae Commentat. in Pand. h. t. §. 3. et 4.

Lib. XI. Tit. VII.

De religiosis et sumtibus funerum et ut funus ducere liceat.

§. 766.

Recht der Begräbnisse nach dem Römischen Rechte.

Bey den Römern [96]) gab es ehemals keine zur Beerdigung menschlicher Leichname bestimmte öffentliche Plätze, sondern jeder begrub seine Todten auf seinem Eigenthume, oder an öffentlichen Wegen [97]). Varro [98]) sagt, man habe dabey die Absicht gehabt, die Vorübergehenden an die Sterblichkeit zu erinnern. *Sepulchra ideo secun-*

96) *Iac.* GUTHERIUS de iure Manium. *Paris 1615.* rec. *Lipsiae 1671. 8.* *Flor.* DULPHUS de sepulturis, epitaphiis et defunctorum monumentis. *Bononiae 1641.* 4. MEURSIUS de funere Romanorum. *Hagae 1604.* 4. *Io.* KIRCHMANN de funeribus Romanorum. *Francofurti 1672. 8.* und *Christ. Gotth.* HÜBNER Historiae Legum Romanarum ad sepulturas pertinentium, adiuncta earum comparatione cum patriis institutis, Specimen I. *Lipsiae 1794.* 4.

97) KIRCHMANN cit. libr. Lib. II, cap. 22. *Io. van* NISPEN Disput. de sepulcro violato. *Lugd. Batav. 1723.* Cap. 18. et 19. in *Ge.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. III. pag. 67.

98) *de Lingua lat.* pag. 64. edit. *Bipont.*

secundum viam sunt, quo praetereuntes admoneant, et se fuisse, et illos esse mortales. Daher auch die Anrede an den Wanderer auf den Grabschriften der Römer: *Siste, aspice viator.* Einige öffentliche Wege, namentlich die *Appia, Aurelia, Flaminia, Latina, Laurentina, Ostiensis, Praenestina* und *Tiburtina*, waren wegen der daselbst befindlichen Grabmäler besonders berühmt[99]). In der Stadt selbst durfte hingegen kein Todter begraben werden. Schon in den Gesetzen der zwölf Tafeln war verordnet: *Hominem in urbe ne sepelito, neve urito.* Cicero[100]), der dieses Gesetz anführt, setzt den Grund in Verhütung der Feuersgefahr, welche aus dem Verbrennen des Körpers zu besorgen war. Allein da nicht blos das Verbrennen, sondern auch das Begraben in der Stadt verboten war, so scheint auch ein Hauptgrund gewesen zu seyn, welchen Isidor[1]) anführt: ne foetore suo corpora *viventium contacta inficerentur.* Julius Paulus[2]) fügt noch einen religiösen Grund hinzu: Corpus in civitatem inferri non licet, *ne funestentur sacra civitatis.* Die Ausnahmen, welche man

99) MEURSIUS de funere cap. 42. QUENSTEDT de sepulturis pag. 184. sqq.

100) *de Legib.* Lib. II. Cap. 23.

1) *Lib. XIV. Origin.* cap. 21. Man sehe *Io. Lud. Guil.* BECK Observationes de Romanor. disciplina publica medica ad illustranda Veterum Scriptorum et iuris civilis loca. *Lipsiae 1809.* Cap. I. §. 3.

2) *Receptar. Sententiar. Lib. I. Tit. 21. §. 2.* in SCHULTING jurisprud. Antejustin. pag. 261.

bey viris claris [3]) und den Vestalinnen [4]) machte, verursachten jedoch, daß das Gesetz nach und nach in Vergessenheit gerieth. Es wurde daher unter den Consulat des Duillius im Jahr der Erb. Roms 494. durch ein Senatusconsultum erneuert [5]). Weil es jedoch eigentlich nur auf Rom allein sich beschränkte, so dehnte es Kr. Hadrian durch ein Rescript auf alle Städte aus, und setzte auf desselben Uebertretung eine Strafe von 40 aureis [6]); welches nachher Kr. Antoninus Pius, weil Zweifel über die Allgemeinheit seiner Verbindungskraft entstand, nochmals besonders in Beziehung auf die Municipalstädte bestätigte [7]). Neue Kunstgriffe das Gesetz zu eludiren, welche

3) Beyspiele führt Cicero a. a. O. an.

4) SERVIUS ad *Aeneid.* Lib. XI. v. 206. sagt: *Imperatores et virgines Vestales, quia legibus non tenentur, in civitate habent sepulcra.* S. *van* NISPEN Differt. cit. Cap. 20.

5) SERVIUS *ad Aeneid. Lib. XI. v. 205.* DUILLIO Consule Senatus prohibuit, et lege cavit, *ne quis in urbe sepeliretur.*

6) *L. 3. §. 5. D. de sepulcro violato.* D. HADRIANUS rescripto *poenam* statuit *quadraginta aureorum* in eos, *qui in civitate sepeliunt;* quam fisco inferri iussit, et in Magistratus, eadem qui passi sunt, et locum publicari iussit, et corpus transferri. Quid tamen si *lex municipalis* permittat in civitate sepeliri? post rescripta principalia an ab hoc discessum sit, videbimus: quia generalia sunt Rescripta, et oportet imperialia statuta suam vim obtinere, et in omni loco valere.

7) *Iulius* CAPITOLINUS in vita Antonini Pii Cap. 12. Multa de iure sanxit, usus que est iuris peritis, — *intra urbes sepeliri mortuos vetuit.* Viele wollen zwar die Verordnung, welche Ulpian dem Hadrian und Capitolinus dem Kr. Antonin zuschreibt, für ein und eben dieselbe halten, weil bekannt ist, daß Kr. ANTONINUS PIUS den Namen Hadrians, sei

che der Aberglaube erfand, veranlaßten zuletzt noch die Kaiser Diocletian und Maximian dasselbe aufs neue mit allem Nachdruck einzuschärfen [8]). Durch Nachsicht

seines Adoptivvaters, angenommen habe. CUJACIUS Lib. II. Observation. cap. 3. *Petr.* BURGIUS Elector. Libro cap. 4. (in *Ev.* OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. I. pag. 316.) und *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. III. cap. 10. eignen daher diese Constitution dem Kr. Antonin zu. Dieser Meinung stimmt auch *van* NISPEN cit. Diss. Cap. XVIII. §. 2. bey. Allein wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß beyde Namen zuweilen mit einander verwechselt werden, so läßt sich doch nicht wohl behaupten, daß es hier geschehen sey. Mit Recht halten daher CASAUBONUS ad Capitolin. d. c. 12. GUTHERIUS de iure manium Lib. II. c. 33. MARCILIUS Interpretam. Leg. XII. Tab. cap. 90. und *Iac.* GOTHOFREDUS Comm. ad L. 6. Cod. Theodos. de sepulcris violatis. (Tom. III. pag. 61. der Ritterschen Ausgabe.) die Verordnung des Kaisers Antonin für eine von jener des Hadrians ganz verschiedene Constitution. Es scheint nämlich, daß sich die Municipalstädte, welche, wie GELLIUS *Noct. Attic.* Lib. XVI. cap. 13. bemerkt, sich ihrer eigenen Gesetze und Rechte bedienten, an jenes Verbot des Kaisers Hadrian nicht gekehrt, sondern sich auf ihre *Lex municipalis* berufen haben. *Municipes* enim, sagt Gellius, *neque ulla Populi Romani lege adstricti, nisi in quam populus eorum fundus factus esset.* Man sieht dies auch aus der Frage, welche Ulpian *L. 3. §. 5. D. de sepulcr. viol.* aufwirft: Quid tamen, si *Lex Municipalis* permittat in civitate sepeliri? Dies mag den Kr. Antoninus Pius veranlaßt haben, die Verordnung des Krs. Hadrian nochmals, besonders in Beziehung auf die Municipien, zu bestätigen, wie *Herm.* NOORDKERK Observation. Decad. (*Amstelodami 1731. 8.*) Cap. 5. und HÜBNER in histor. LL. Rom. ad sepulturas pertinent. Specim. I. pag. 13. sq. mit vieler Wahrscheinlichkeit gezeigt haben.

8) *L. 12. Cod. de Religiosis.*

der christlichen Kaiser geschahe es jedoch in der Folge, daß man die Beysetzung der Toden sogar in den Kirchen erlaubte[9]). Diesen üblen Gebrauch, der seit Constantins Zeiten aufkam, verbot zwar nachher Kaiser Theodos der Große, und bedrohete die Uebertreter seines Gesetzes mit dem Verlust des dritten Theils ihres Vermögens[10]). Ein glei-

9) *Chr. Gott. de* WINCKLER Diss. de iure sepulturae in templis *Lipsiae 1784.* und GUNDLING Observat. select. litter. de origine sepulturae in templis.

10) *L. 6. Cod. Theod. de sepulcr. violat.* (Lib. IX. Tit. 17.) Quae supra terram urnis clausa vel sarcophagis corpora detinentur, extra urbem delata ponantur, ut et humanitatis instar exhibeant, et relinquant incolarum domicilio sanctitatem. Quisquis autem huius praecepti negligens fuerit, atque aliquid tale ab huius interminationis praeceptis ausus fuerit moliri tertia in futurum patrimonii parte multetur. etc. Die Gründe, welche hier der Gesetzgeber anführt, werden verschiedentlich erklärt. *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad h. L. 6. Tom. III. pag. 161. erklärt den ersten Grund so, es sollten die Grabmäler außer der Stadt an den öffentlichen Wegen die Vorübergehenden an die menschliche Hinfälligkeit erinnern. Allein richtiger scheint Hübners Erklärung zu seyn, wenn er in Historia Legg. cit. pag. 19. sagt: Cadavera *Theodosio* tunc humanitatis instar seu exemplum exhibere videntur, quando ad humum, unde venerunt, redire, et cum illa misceri possunt. Den andern Grund hält Godefroi mit dem oben vom Paulus angeführten für einerley: *ne funestentur sacra civitatis.* Allein Hübner erklärt ihn so: ne templa Dei unius cultui destinata impura redderentur, et labia aliquid ex illo cadaverum foetore contraherent. MURATORIUS in Disquisit. de veterum Christianorum sepulcris glaubt, das Gesetz sey blos auf Constantinopel gegangen. Allein die Allgemeinheit dieser Verordnung hat Godefroi aus bündigen Gründen erwiesen. S. auch Hübner Diss. cit. pag. 20. sqq.

gleiches that Kr. Justinian[11]). Allein Kaiser Leo[12]) setzte sich über alle diese Verordnungen seiner Vorfahren hinaus, und ließ jedem seine Freyheit, ob er sich in der Stadt oder außer derselben wolle begraben lassen.

Hatte Jemand kein Eigenthum, worauf er sich eine Grabstätte errichten konnte, so konnte er sich einen Platz dazu auf einem fremden Grundstück kaufen. Daher führt Ulpian[13]) das pretium loci, in quo defunctus humatus est, ausdrücklich mit unter den Begräbnißkosten auf. Es wurde sogar auf der Grabschrift bemerkt, von wem man die Grabstätte gekauft habe[14]). Zuweilen vermachte man Jemandem einen Platz zum Begräbniß auch in seinem Testament[15]). Hatte Jemand an einem fremden Orte einen Todten ohne Einwilligung des Eigenthümers begraben, so gab der Prätor[16]) eine Klage, welche dahin gieng, entweder das Cadaver wieder wegzuschaffen, oder den Werth des Platzes zu bezahlen. Die Klage wird *actio in factum* genennt, und geht auch auf die Erben über[17]). Hat ein Mit-

11) *L. 2. Cod. de sacrosanct. eccles.*

12) *Nov. LIII.*

13) *L. 37. pr. D. h. t. L. 14. §. 3. D. eodem.*

14) KIRCHMANN de funerib. Romanor. Lib. II. cap. 23. hat deswegen mehrere Inscriptionen zum Beweis angeführt.

15) *L. 14. Cod. de legat.* S. KIRCHMANN c. l. pag. 184.

16) *L. 2. §. 1. D. h. t.* Qui mortuum in locum alienum intulit, vel inferre curavit, tenebitur *in factum actione.*

17) *L. 7. pr. D. h. t.* Is, qui intulit mortuum in alienum locum, aut tollere id, quod intulit, aut loci pretium praestare cogitur per *in factum actionem*, quae tam heredi, quam in heredem competit, et perpetua est.

Miteigenthümer einen Toden auf dem gemeinschaftlichen Grundstück ohne des andern Miteigenthümers Einwilligung begraben, so kann zwar die actio in factum praetoria ohne Zweifel angestellt werden [18]; doch kann sich der socius auch der actio familiae erciscundae oder communi dividundo bedienen [19]. Es kann auch actione pro socio geklagt werden [20]. Noch ist zu bemerken, daß die actio in factum nicht nur dem Eigenthümer, sondern auch dem Usufructuar, oder wer sonst eine Servitut auf dem Grundstück hat, zu deren Nachtheil das Begräbniß gereicht, zustehe [21].

Daß übrigens die Römer den Gräbern eine gewisse Heiligkeit beygelegt haben, und der Ort, so weit ihn der Leichnam einnahm, pro loco religioso gehalten worden [22], ist

18) *L. 6. §. 6. D. Communi divid.*

19) *L. 2. §. 1. D. h. t.* Eben so vereinigen die *L. 2.* mit der *L. 6. cit. Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 264. *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 3. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pandect. Lib. XI. Tit. 8. und POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Nr. VIII. Not. c. Mehrere wollen indessen die *L. 2.* so verstehen, als ob Ulpian läugne, daß die actio in factum in dem Falle Statt habe, da ein socius ohne Wissen des Andern auf dem gemeinschaftlichen fundus einen Toden begraben habe. S. *Iac.* VOORDA Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 13. *Io. Gottl.* HEINECCIUS in Opusc. postum. ad Edict. perpetuum p. 551. not e. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

20) *L. 39. D. pro socio.*

21) *L. 8. §. 4. D. h. t.*

22) *L. 2. §. 5. D. eodem.* S. *van* NISPEN Diss. cit. de sepulcro violato Cap. 12.

ist schon an einem andern Orte[23]) vorgekommen. **Heineccius**[24]) irrt, wenn er diese Heiligkeit einer Consecration zuschreibt. Ihm widerspricht das Zeugniß eines **Marcians**[25]), welcher ausdrücklich sagt: Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, *dum mortuum infert in locum suum.* Die Worte der Grabschrift: Diis manibus sacrum bezogen sich blos auf den Glauben der Alten, daß die Seelen und Schatten der Abgeschiedenen sich an dem Orte aufhielten, wo der Körper beygesetzt worden ist[26]).

§. 767.

Heutige Anstalt der Gottesäcker, deren Ursprung, und Recht vorzüglich in Hinsicht ihrer Errichtung.

Jetzt ist es nicht mehr eines jeden Willkühr überlassen, wo er sich eine Grabstätte errichten will, sondern es sind gewisse Plätze ausschließlich zur Beerdigung der Todten unter öffentlicher Auctorität bestimmt, welche man, sofern sie sich bey Kirchen befinden, Kirchhöfe, und insofern sie davon abgesondert sind, Gottesäcker zu nennen pflegt. Beyde sind unter dem Ausdruck Coemeteria begriffen, welcher von dem griechischen Wort Κοιμάω, dormio, herkommt, weil man den Tod mit dem Schlaf verglich. Es schreibt sich diese Anstalt wahrscheinlich aus dem neunten Jahr-

23) S. den 2. Th. dieses Commentars §. 165. S. 470. ff.

24) Antiquitat. Roman. iurisprud. illustrant. Syntagm. Lib. II. Tit. 1. §. 5.

25) *L. 6. §. 4. D. de rer. divis.*

26) S. HÜBNER in Histor. LL. Romanar. ad sepulturas pertinent. Specim. I. pag. 6. sq.

Jahrhundert her, seitdem Kaiser Leo der Philosoph di städtischen Begräbnisse wieder erlaubt hatte [27]). Jede Christ wünschte nun nach seinem Tode nahe bey der Kirch ruhen zu dürfen, welche über dem Grabe eines Apostel oder Märtyrers erbaut war; und allmählig schlich sich di religiöse Idee ein, daß die Gemeine der heiligen Gottes, welche im Leben versammelt gewesen, auch im Tode bey sammen bleiben müsse, um an dem Tage der allgemeinen Auferstehung von den Todten sich sogleich wieder zu finden [28]). Wenn es in dem Concilium zu Nantes, welches nach Harduin [29]) ums Jahr 895. ist gehalten worden, can. 6. heißt: *Probibendum etiam secundum maiorum instituta, ut in ecclesia nullatenus sepeliantur, sed in atrio, aut in porticu, aut extra ecclesiam. Infra ecclesiam vero, aut prope altare, ubi corpus domini et sanguis conficitur, nullatenus babeat licentiam sepeliendi* [30]), so ergiebt sich daraus,

27) Man sehe hier vorzüglich *van* ESPEN Ius ecclesiast. univers. Part. II. Sect. IV. Tit. 7. Cap. 2. §. 11. sqq. *Iust. Henn.* BOEHMERI ius eccles. Protestant. Tom. II. Lib. III. Tit. 28. §. 9. und *Paul. Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 436.

28) S. Wiese Handbuch des gemeinen in Teutschland üblichen Kirchenrechts 2. Th. §. 310. S. 753.

29) Concil. Tom. VI. P. I. §. 458.

30) Gratian schreibt diesen Canon *can. 15. Caus. XIII.* Quaest. 2. unrichtig einem gewissen *Concilio Varensi* zu, wie auch schon die Correctores Romani bemerkt haben. Daß man dafür vielmehr *Concilium Nannetense* lesen müsse, erhellet aus REGINO Lib. I. *de disciplin. eccles.* cap. 125. und BURCHARDUS Lib. III. *Decretor.* cap. 159. Man sehe auch *van* ESPEN loc.

raus, daß schon damals die Begräbnisse bey den Kirchen ganz gewöhnlich gewesen seyn müssen [31]). Anfangs wurden jedoch den Christen immer auch noch ganz von den Kirchen abgesonderte Begräbnisse auf ihrem Eigenthume gestattet. Böhmer [32]) erklärt selbst die Worte: *extra ecclesiam*, in dem angeführten Canon, von einer in fundis propriis, in quibus exstructi erunt maiorum tumuli, permissa sepultura. Noch weniger aber läßt uns hieran eine Verordnung des Pabstes Leo III. vom Jahr 810. [33]) zwei-

loc. cit. §. 27. besonders aber *Car. Sebast.* BERARDI Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti. P. I. Cap. 20. pag. 221. (edit. *Venet. 1777.*)

31) S. *Iust. Henn.* BOEHMERI Diss. de iure erigendi coemeterium. (*Halae 1716.* Cap. I. §. 26. Es ist nämlich hier zu bemerken, daß unter *Atrium*, dessen in dem *Concilio Nannetensi* Erwähnung geschieht, nach der Erklärung des angeführten BERARDI in Gratiani canon. P. I. cap. 20. pag. 222. spatium illud vacuum verstanden wird, quod remansit ex area, sive solo, in quo fuerat aedificata Ecclesia, quodque in hac significatione Ecclesiam totam circumambit. Also die Umgebung der Kirche, oder was wir den Kirchhof nennen. *Porticus* hingegen nennt Berard locum deambulationi aptum, veluti claustrum Ecclesiae, seu Monasterii, quae claustra hodie aliquibus in locis sita sunt, ad latus Ecclesiarum, olim vero media constituebantur inter Ecclesiam et vestibulum, vel etiam ad utrumque latus templi. EUSEBIUS *Lib. X. Histor. Eccles.* cap. 4. BEDA *Histor. Anglor.* Lib. II. c. 3. *Porticus* ist also das, was man jetzt den Creuzgang oder die Halle zu nennen pflegt.

32) Ad cap. 1. X. de sepultur. not. 63. seiner Ausgabe des Corp. iuris canon. Tom. II. pag. 510.

33) *Cap. 1. X. de Sepulturis.* Einen grundgelehrten Commentar über diesen Text giebt GONZALEZ TELLEZ in Commentar. in Decretales Gregorii IX. Tom. III. pag. 534. seqq.

zweifeln, in welcher es ausdrücklich heißt: Nos instituta maiorum patrum considerantes, statuimus, unumquemque in maiorum suorum sepulcris iacere, ut patriarcharum exitus docet. *Nulli tamen negamus, propriam eligere sepulturam, et etiam alienam.* — Sed quia dignus est operarius mercede sua, tertiam partem sui iudicii illi ecclesiae dari censemus, in qua caelesti pabulo refici consuevit, ut iuxta Apostolum sint consolationum socii, ut fuerunt passionum; et sic demum, *ubicunque libitum fuerit*, eligat sepulturam. Allein schon im zwölften Jahrhundert war es allgemein verboten, sich an einem ungeweihten Orte eine Grabstätte zu errichten, und die Beerdigung der Todten auf den dazu bestimmten Kirchhöfen war nun zur rechtlichen Nothwendigkeit geworden [34]. Man sieht dies ganz deutlich aus folgender Verordnung [35]) des Pabstes Innocenz II. an den Erzbischoff von Genua: Fraternitatem tuam non credimus ignorare, mortuorum sepulcra et coemeteria apud illas ecclesias et monasteria ex antiquo esse disposita, in quibus religiosorum fratrum conventus sunt constituti, et orationes atque missarum solemnia, tam pro vivis, quam pro defunctis, frequentius celebrantur. Unde ipsorum devotioni et extremae voluntati, qui apud huiusmodi ecclesias sepeliri desiderant, minime contradicendum est.

34) S. BOEHMER ad cap. 3. X. de Sepult. not. 81. Tom. II. Corpor. iuris canon. pag. 511.

35) *Cap. 3. X. de Sepultur.* In der Inscription desselben wird zwar Pabst Innocenz III. genennt. Allein daß es nicht diesem, sondern dem P. Innocenz II. zuzueignen sey, hat GONZALEZ TELLEZ in Commentar. ad h. cap. Tom. III. pag. 541. außer allem Zweifel gesetzt.

est. *Qui vero, relictis antiquis ecclesiis, et patrum, aliorumque parentum suorum sepulcris,* contra consuetudinem patrum veteris testamenti, qui cum patribus suis sepulti esse leguntur, *ad nova et minus religiosa loca se transferunt, irrationabiliter et contra antiquam institutionem facere videntur.* Darin weicht nun aber vorzüglich das canonische Recht von dem römischen ab, daß die bloße Beysetzung der Todten nicht mehr für hinreichend gehalten wird, eine Religiosität des Orts zu bewirken [36]). Diese Eigenschaft giebt ihm erst die bischöfliche Benediction [37]). Schon Gregorius Turonensis [38]) gedenkt der sacerdotalis benedictio ausdrücklich als eines nothwendigen Erfordernisses christlicher Beerdigungsplätze; und dieser Gebrauch findet noch heutzutage bey den Katholiken Statt. *Hodie*, sagt van Espen [39]), *apud Catholicos locus non efficitur religiosus per ipsam corporis humani inhumationem, sed preces et benedictiones sacerdotales prius religiosus redditur, et benedicitur, ut in illum corpora Catholicorum inferantur. Unde ut coemeterium corporibus Christianorum humandis deserviat, prius in locum religiosum per Episcopum solemni ritu erigendum et consecrandum est.* Daher ist zu erklären, warum die Coemeteria nach dem canonischen Rechte zu den geistlichen Sachen gezählt werden, welche unter der geistlichen Gerichtsbarkeit des Bischoffs stehen, und

36) *van* ESPEN in iure eccles. univ. a. a. O. §. 17. u. 18. hat diesen Unterschied gleichfalls bemerkt.

37) *Cap. 4. X. de relig. domib. Cap. 7. X. de consecrat. eccles.*

38) De gloria Confessorum cap. 106.

39) Cit. loc. P. II. Sect. IV. Tit. 7. Cap. 2. §. 18. et 19. und *Paul.-Ios. a* RIEGGER Institut iurisprud. eccles. P. III. §. 437.

und ohne bischöffliche Auctorität nicht errichtet werden können [40]). Bey den Protestanten findet zwar jene Ceremonie der Benediction nicht Statt, daher können die Gottesäcker eigentlich nicht mehr als res religiosae angesehen werden, sondern sie sind an sich res universitatis, an welchen alle Mitglieder der Gemeinde, für welche der Gottesacker bestimmt ist, ein gleiches Recht haben. Es sollten also auch die Grundsätze des canonischen Rechts bey uns wegfallen, sofern nicht etwa die Kirchhöfe als accessoria templi zu betrachten sind. Dies behaupten auch Stryk [41]), Böhmer [42]), und Hellfeld. Allein die gemeine Praxis lehrt, daß die Grundsätze des Canonischen Rechts in Rücksicht der Begräbnißplätze bey den Protestanten in der Regel noch zur Anwendung gebracht werden [43]). Wenn daher ein neuer Todenacker angelegt werden soll, so sind drey Puncte zu unterscheiden. 1) Die Erlaubniß, denselben anzulegen. Diese muß der Landesherr ertheilen. Denn die Anlegung so wie die Verlegung der Gottesäcker gehört zur Landespolicey [44]). 2) Die Fundation. Diese muß auf Kosten der Gemeinheit geschehen, und 3) die Einrichtung und Bestimmung des Platzes zu einem Gottesacker.

Diese

40) *Cap. 13. X. de sepultur. Cap. 2. de immunitate eccles. in 6.*

41) Us. mod. Pand. h. t. §. 11.

42) Iur. eccles. Protestant. Lib. III. Tit. 28. §. 12. sq.

43) S. *Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 602 et 603. und *Mich. Gott.* WERNHER Lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 3.

44) S. Moser von der Landeshoheit in Policeysachen Kap. 4. §. 2. u. 13. und Böhmers auserlesene Rechtsfälle 2. Band 2. Abth. Resp. 157. Nr. 5. ff. Daher hat jetzt kein Privatmann das Recht sich ein Grabmal auf seinem Grund und Boden ohne specielle Erlaubniß des Landesherrn zu errichten. S. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 92.

Diese gehört zu den Rechten der Consistorien 45). Fehlt es an einem dazu schicklichen Platze, so kann auch wohl ein Mitglied der Gemeinheit ein dazu dienliches Grundstück für einen billigen Preis zu verkaufen genöthiget werden 46). Ein Kirchenpatron ist ohne landesherrliche Genehmigung einen Gottesacker anzulegen nicht befugt 47).

§. 768.

Verschiedene Arten der Begräbnisse, und deren Rechte.

Der Kirchhof oder Gottesacker ist nun also jetzt allgemein der zu Begräbnissen christlicher Leichname unter öffentlicher Auctorität bestimmte Platz. Im Ganzen ist er ein Eigenthum der Gemeinheit, zu deren Gebrauch er bestimmt, und auf deren Kosten er angelegt ist. Jedes Mitglied der Gemeinde hat aber das Recht, zu verlangen, daß es auf dem gemeinschaftlichen Kirchhofe unentgeldlich begra-

45) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. cit. §. 603. Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten in Deutschland §. 296. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Privat- Kirchen- und Peinl. Rechts 1. B. S. 390. und Wiese Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts 3 Th. 1. Abth. §. 444. S. 551. Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9.

46) S. CARPZOV Iurisprud. eccles. Lib. II. Tit. 24. Definit. 388. MÜLLER ad *Struvii* Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 74. not. α. und Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 92. S. 152.

47) S. Schröter a. a. O. S. 390. und STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 12.

begraben werde[48]). Jedoch können auch einzelne Mitglieder das ausschließliche Recht auf eine gewisse Stätte des gemeinschaftlichen Gottesackers vermöge eines besondern Titels erwerben. Daher sind die Grabstätten auf den Gottesäckern von zweierley Art, gemeinsame (*sepulcra communia*) worauf jedes Mitglied der Gemeinheit iure universitatis Anspruch hat, und eigene, (*sepulcra propria*) worauf Jemandem vermöge eines besondern Titels ein ausschließliches Recht zusteht; und letztere können wieder entweder persönliche oder Erbbegräbnisse seyn, je nachdem das Recht blos auf die Person des Erwerbers eingeschränkt ist, oder auch auf die Erben übergeht[49]). Eigene oder Privatgrabstätten sind also Ausnahmen von der Regel, und müssen vermöge eines besondern Titels erworben werden[50]). Eine solche Erwerbung kann entweder gleich durch die erste Fundation der Kirche oder des Kirchhofs, oder auch nachher durch Kauf, Vermächtniß, oder aus andern besondern Rechtsgründen geschehen. Auch die Erwerbung durch Verjährung ist heut zu Tage bey Begräbnissen nicht auszuschließen[51]). Soviel insonderheit

48) *Cap. 13. X. de Sepultur. Guil. Hier.* BRÜCKNER Diss. de sepultura gratis concedenda *Ienae 1713.* §. 19.

49) *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. cit. §. 604. a. E. Schnaubert in den angef. Grundf. des protest. Kirchenrechts §. 297.

50) S. Wiese im angef. Handbuch im 2. Th. §. 310. S. 755.

51) *L. 4. D. de mortuo inf.* sagt zwar: Longa possessio ius sepulchri non tribuit, cui iure non competit. Allein es bezieht sich dies auf den Grundsatz des Röm. Rechts, daß Grabstätten, als religiöse Sachen, weder an sich der Verjährung unterworfen waren, noch auch eine Servitut darauf erworben werden konnte. *§. 1. I. de usucap. L. 4. D. Commun. praedior.* S. *Iac.* GUTHE-

heit die Erbbegräbnisse anbetrifft, so gehen dieselben entweder auf alle und jede Erben über, und dann werden sie Erbbegräbnisse im eigentlichen Verstande (*sepulcbra hereditaria in specie*) genennt; oder sie sind blos auf gewisse Familien eingeschränkt; hier werden sie Familienbegräbnisse (*sepulcbra familiaria*) genennt. Auch in dem Römischen Recht kommt diese Eintheilung vor[52]. Cajus sagt *L. 5. D. h. t.*

Familiaria sepulcbra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit. *Hereditaria* autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit.

Der Unterschied zwischen beyden besteht darin. An Erbbegräbnissen hat jeder Erbe, ohne Rücksicht auf Verwandschaft, Antheil, also die Testamentserben so gut, als die Intestaterben. Es macht auch keinen Unterschied, ob sie zu gleichen oder ungleichen Theilen erben. Kinder behalten jedoch ihr Recht an der väterlichen Erbstätte, sie mögen Erben geworden seyn, oder nicht; sogar den enterbten Kindern verbleibt es, wenn anders der Vater nicht aus einem gerechten Haß ausdrücklich verboten hätte, daß sie in seinem Erbbegräbniß beygesetzt werden sollen. Es ist dies blos aus Gründen der Billigkeit so verordnet, denn dem Begriff eines Erbbegräbnisses ist dies freylich

 nicht

THERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 11. und *Io.* WUNDERLICH lib. sing. de usu inscriptionum Rom. vet. maxime sepulchralium (*Quedlimb. 1750.*) Obs. III. §. 3. pag. 116. Es ist daher heut zu Tage davon kein Gebrauch zu machen. S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 33.

52) S. B. BRISSONIUS Selectar. ex iure civ. Antiquitat. Lib. II. cap. 14.

nicht gemäß, wie Ulpian selbst in folgender Stelle bemerkt hat.

L. 6. D. h. t. Vel quod paterfamilias iure hereditario adquisiit. Sed in utroque heredibus quidem, caeterisque successoribus, qualescunque fuerint, licet sepeliri, et mortuum inferre: etiamsi ex minima parte heredes ex testamento vel ab intestato sint: licet non consentiant alii. Liberis autem cuiuscunque sexus, vel gradus, etiam filiisfamilias, et emancipatis, idem ius concessum est: sive extiterint heredes, sive sese abstineant. *Exheredatis* autem, nisi specialiter testator iusto odio commotus eos vetuerit, *humanitatis gratia* tantum sepeliri, non etiam alios, praeter suam posteritatem, inferre licet.

Auf den Fideicommissar geht jedoch das Erbbegräbniß des Verstorbenen nicht über, wenn ihm auch die ganze Erbschaft restituirt worden ist, sondern es bleibt bey dem directen Erben [53]. Der prätorische Erbe hingegen nimmt daran Antheil [54].

Familienbegräbnisse unterscheiden sich nach dem römischen Rechte bloß darin von den Erbbegräbnissen, daß alle diejenigen ein Recht daran haben, welche zur Familie des Erwerbers oder Stifters gehören, wenn sie gleich nicht Erben geworden sind. Sie erfordern also, außer der Eigenschaft eines Familiengliedes, nicht zugleich die Eigenschaft eines Erben

53) *L. 42. §. 1. D. ad SCtum Trebell.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 29.

54) *L. 36. D. de bonis libertor.* S. *Iac.* GUTHERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 10. pag. 471.

Erben [55]). Darin aber kommen sie mit den Erbbegräbnissen überein, daß solche auch auf Fremde übergehen können, wenn sie nämlich von dem Stifter des Begräbnisses zu Erben eingesetzt worden sind. Es erhellet dies vorzüglich aus der *L.* 13. *Cod. h. t.* wo es heißt:

Ius sepulchri tam *familiaris*, quam *hereditarii*, ad *extraneos* etiam *heredes*, familiaris autem *ad familiam*, *etiam si nullus ex ea heres sit*, non etiam ad alium quemquam, *qui non est heres*, pertinere potest.

Nach dem besondern Begriff, den die Römer mit dem Wort *Familia* verknüpften [56]), waren jedoch die Cognaten, wenn sie nicht zu Erben eingesetzt worden, von den Familienbegräbnissen ausgeschlossen, wie aus folgender Verordnung des Kaisers Philippus zu ersehen ist.

L. 8. *C. h. t.* Ius familiarium sepulchrorum ad affines seu *proximos cognatos*, non heredes institutos, minime pertinet.

Heutzutage kommt es auf die Bestimmung des Stifters an, ob an dem Familienbegräbniß bloß diejenigen ein Recht haben sollen, welche mit dem Stifter eines Stammes und Namens sind, oder alle, die von ihm abstammen, es sey durch Manns- oder Frauenspersonen. Im ersten Falle werden solche Begräbnisse Stamm- oder Geschlechtsbegräbnisse genennt [57]). Diese fallen als-

 dann

55) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 6. pr. D. h. t. Tom. II. P. II. pag. 567. u. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. p. 265.

56) *L.* 195. §. 2. *D. de Verb. Significat.*

57) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 24—27. und BOEHMERI ius parochiale Sect. II. cap. 2. §. 15.

dann mit dem Erlöschen der Familie an die Kirche zurück [58]).

§. 769.

Auf welchem Gottesacker ist Jeder zu begraben? Was ist Rechtens, wenn ein Verstorbener anderswohin gebracht werden soll?

Seitdem nun Kirchhöfe und Todtenäcker eingeführt sind, ist es Regel geworden, daß Jeder auf dem Kirchhofe derjenigen Parochie begraben werden muß, wo er gestorben ist [59]). Es gilt dies auch von Fremden, welche innerhalb den Gränzen einer Parochie versterben [60]). Hat jedoch der Verstorbene anderswo ein eigenes Begräbniß, so kann zwar sein Leichnam dahin gebracht werden, es müssen jedoch dem Pfarrer und der Pfarrkirche, in deren Gränzen er gestorben ist, die Funeralien entrichtet werden [61]). Wir finden in dem Römischen Rechte Beyspiele, daß die Testatoren zuweilen ihre Erben in besondern Codicillen gebeten haben, dafür zu sorgen, daß wenn sie etwa auf Reisen sterben sollten, ihr Körper in ihre Heimath gebracht, und in ih-

58) S. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts. §. 92. a. E. S. 153.

59) *Cap. 1. 8. et 10. X. de Sepultur. Cap. 2. eodem in VI. et Clem. 2. de Sepult.*

60) *Cap. 3. de Sepultur. in VI. Ge. Lud.* BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 607.

61) S. Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts §. 299. und *Xav.* GMEINERI Institutiones iuris eccles. Tom. II. §. 430. in Schol. (Edit. IV. *Graecii 1808.*)

ihrem Erbbegräbnisse beygesetzt werde [62]). Jedoch darf ein solches Wegbringen einer Leiche an einen andern Ort nicht ohne Vorwissen und Erlaubniß der Obrigkeit des Orts geschehen, wo sie abgeschieden ist. Schon das römische Recht verordnet dies ausdrücklich. Ulpian sagt *L.* 3. §. 4. *D. de sepulchro violato.*

Divus autem *Marcus* rescripsit: Nullam poenam meruisse eos, qui corpus in itinere defuncti per vicos aut oppidum transvexerunt: *quamvis talia fieri sine permissu eorum, quibus permittendi ius est, non debeant* [63]).

62) *L. 30. §. 2. D. de adim. et transf. legat. L. 112. §. 2. D. de condit. et demonstrat. L. 14. §. 4. D. de relig.* Hierher gehört auch noch vorzüglich die Stelle aus OVIDII *Fastis Lib. V. v. 653.* sq.

Saepe tamen patriae dulci tanguntur amore,
Atque aliquis moriens hoc breve mandat opus:
Mittite me Tiberi, Tiberinis vectus ut undis,
Littus ad Inachium pulvis inanis eam.

Man sehe hier vorzüglich KIRCHMANN de funeribus Romanor. Lib. III. cap. 25.

63) *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 7. Cod. Theodos. de Sepulchris violat. (Tom. III. Lib. IX. Tit. 17. pag. 172. der Ritterschen Ausgabe). *Ger.* NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 263. und *Rad.* FORNERIUS Rer. Quotid. Lib. III. cap. 6. wollen zwar dieses Gesetz blos auf den Fall einschränken, wenn ein schon beygesetzter Leichnam wieder aus dem Begräbniß genommen, und anderswohin gebracht werden soll. Außerdem sey die obrigkeitliche Erlaubniß nicht nöthig. Allein daß diese Erklärung unrichtig, und den Worten zuwider sey; hat *Christph. Lud.* CRELL in Diss. de translatione mortuorum per territorium alienum, ad L. 3. §. 4. D. de sepulchro viol. *Vitembergae 1734.* §. 9. ganz überzeugend dargethan. Die von erstern ent-

Bey den Römern wurde anfangs die Einwilligung der Pontificum erfordert, zu deren Ressort überhaupt die Begräbnißsachen gehörten [64]). Die bloße Auctorität des Senats war nicht hinreichend [65]). Nur die Proconsuln nahmen sich die Freyheit heraus, dergleichen Erlaubniß zur Translation für sich zu ertheilen [66]). In der Folge wurde diese Erlaubniß bey den Kaisern gesucht, welche diese in der Eigenschaft, als Pontifices Maximi, zu geben pflegten [67]). Auch heut zu Tage wird dies zum Ressort der

gegengesetzte *L. 10. C. de Relig.* will nur soviel sagen, daß die Erlaubniß der Translation, wenn darum gehörig nachgesucht worden, nicht leicht versagt zu werden pflege.

64) *L. 8. pr. D. h. t. L. 5. §. 1. D. de mortuo infer. L. 50. D. de hereditat. petit.* PLINIUS *Lib. X. Epist. 69.* GRUTERUS Inscription. f. 578. nr. I. S. *Hug.* GROTII Florum Sparsio ad ius Iustinian. pag. 105.

65) Man vergleiche TACITUS *Annal.* Lib. IV. cap. 44. mit DIO CASSIUS *Lib. XLVIII.* pag. 445. edit. *Steph.*

66) PLINIUS *Lib. X. Epist. 69. et 70. L. 1. Cod. de Religios.*

67) GRUTERI Inscript. fol. 607. nr. 1. enthalten ein Beyspiel einer darauf sich beziehenden Supplic: *Rogo, Domine, permittas mihi, in marmoreo sarcophago, quem mihi comparavi, ea corpora, quae, pressus necessitate, fictili sarcophago commendavi, colligere, ut, quando ego esse desinam, pariter cum eis ponar.* Die darauf ertheilte Subnotation lautet so: FERETRUM, d. h. lectum, in quo mortui transferebantur, wie es VARRO de Lingua Latina Lib. IV. pag. 40. erklärt, FIERI PLACET. Man sehe auch TACITI *Annales* XIV. 12. Vorzüglich gehört jedoch hierher *L. 14. Cod. de Religiosis.* Wo es heißt: Nemo humanum corpus ad alium locum *sine Augusti affatibus* transferat. In der *L. 7. Cod. Theodos. de sepulchris violat.* (Lib. IX. Tit. 17.) woraus die *L. 14. cit.* genommen ist, steht zwar, statt humanum,

er geistlichen Obrigkeit gezählt[68]). Die Autorität der Policeybehörde wird nur aus besondern Gründen: z. B. wenn ein Tumult zu befürchten, oder wenn sich ein Verdacht eines etwa verübten Verbrechens offenbaret, erfordert[69]). Man behauptet auch heut zu Tage allgemein, daß die Durchfuhr der Leichen in jedem Jurisdictionsdistrict, durch welchen sie passirt, der Criminalbehörde angezeigt werden müsse[70]). Allein aus der *L.* 3. §. 4. *D. de sepulcro violato*, worauf sich alle berufen, läßt sich dies nicht erweisen. Es erhellet vielmehr daraus, daß der Durchpaß der Leiche von keinem Magistrat gehindert, noch die Leiche angehalten werden darf[71]). Es heißt nämlich daselbst ausdrücklich:

Edicto D. SEVERI mandatur: *Ne corpora detinerentur, aut vexarentur, aut probiberentur, per territoria oppidorum transferri.*

Nur

num, *bumatum;* und *Iac.* GOTOFREDUS in Comm. ad h. L. Tom. III. pag. 172. hält daher das *bumanum* für einen Irrthum. Allein es ist dies wohl unstreitig eine absichtliche Interpolation des Tribonians, wie die ebenfalls in Cod. Theodos. fehlenden Worte: *sine Augusti affatibus.*

68) S. CRELL cit. Diss. §. 12.

69) CRELL c. l. pag. 33.

70) S. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 20. *de* BERGER Oeconom. iuris. Lib. II. Tit. 1. Th. 3. not. 9. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. IV. §. 70. not. y. Andere meinen, die Anzeige müsse in jedem Territorium, durch welchen die Leiche geführt wird, der geistlichen Obrigkeit geschehen. S. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 4.

71) Man sehe CRELL cit. Diss. §. 13.

Nur wenn die Leiche durch ein fremdes Territorium geführt wird, ist die Anzeige bey der Ortsbehörde nöthig [72]).

Ehemals mußte für die Durchfuhr der Leiche ein Zol abgegeben werden. Daher rechnet Macer *L. 37. pr. D. h. t.* die *vectigalia* [73]) unter die Begräbnißkosten. Allein

72) S. CRELL cit. Diss. §. 13. in fine.

73) Einige wollen zwar die Worte der *L. 37. cit.* et si qua *vectigalia* sunt, für eine fehlerhafte Leseart halten, und daher, statt vectigalia, lieber *vestiaria* lesen. So haben z. B. Haloander und Baudoza; auch verschiedene Handschriften, wovon Brenkmann in der Gebauerschen Ausgabe des *Corp. iur.* ad h. L. Beyspiele anführt. Ich kann denselben noch unsern Erlanger Pandecten-Codex beyfügen, welcher auch *vestiaria* liefet. Allein so sehr *Io* LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. c. 36. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 1512.) und LEONINUS Lib. III. Emendation, cap. 10. diese Leseart vertheidigen; mit so vollkommenen Grunde verwirft sie *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. V. cap. 40. Cujaz beruft sich zwar auf die *Basilica Lib. 59.* und citirt daraus die Worte: *καὶ τὸ τέλος, καὶ ἡ σορὸς, καὶ ἡ στολή.* Allein, was er für ein Exemplar von den Basiliken gehabt haben müsse, ist mir unbekannt. In der Fabrotischen Ausgabe fehlt wenigstens die *L. 37.* Dessen ungeachtet vertheidigen die florentinische Leseart mit Recht *Io. Guil.* MARCKART Probabil. receptarum Lection. iuris civ. (*Trajecti ad Rhen. 1737. 8.*) p. 120. sq. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXXIV. §. 8. und *Iac.* VOORDA ad Legem Falcidiam Commentar. c. VIII. pag. 168. Sie stimmt theils mit den nachfolgenden Worten: *vel sarcophagi, et vectura* besser überein. Denn *vectura* ist hier soviel als merces pro loco ad λείψανα transferenda in navi conducto, wie es *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. s. Observation. var. ad Pandect. ad Lib. XI. §. 5. in fin. ganz richtig er-

lein auch diese Abgabe ist in der Folge aufgehoben worden [74]), damit der Transport durch nichts gehindert, und aufgehalten werden möchte. Auch heut zu Tage kann dafür nichts gefordert werden, und auch den Geistlichen, durch deren Parochien die Leiche geführt wird, gebühren mit Recht keine Funeralien [75]).

§. 770.

Begräbnißact, und dessen verschiedene Art.

Die Beerdigung wird nach dem heutigen Kirchenrecht sowohl der Katholiken als Protestanten als eine religiöse Handlung betrachtet, welche in der durch die Kirchengesetze und Gewohnheiten vorgeschriebenen Form zu vollziehen ist. Ein solches Leichenbegängniß, wobey diese liturgische Form beobachtet wird, nennt man ein ehrliches, christliches, oder kirchliches Begräbniß (*Sepultura honesta, christiana, s. ecclesiastica*). Man erfordert dazu zweyerley;

1) daß

erklärt; theils ist es auch bekannt, daß ehemals für die Durchfuhr der Leichen Zoll gegeben werden mußte, wie aus *L. ult. C. h. t.* erhellet. *Vectigal* ist also hier soviel, als portorium, quod in via et pontibus pendebatur pro transitu. SENECA *de constant. Sapientis* c. 14. SUETON. in *Vitellio* c. 14. *L. 60. §. 8. D. Locati. L. 21. D. de donat. inter vir. et uxor.* S. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 267.

74) *L. ult. Cod. h. t.* Diese Constitution, welche in den glossirten Ausgaben fehlt, hat Cujaz Lib. XI. Observat. c. 21. aus den Basiliken restituirt. Nach der lateinischen Uebersetzung lautet sie so: *In nullo quopiam loco vectigal ab aliqua persona pro corporibus ex uno in alium locum translatis praestetur.* "

75) S. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. commentat. in Pandect. h. t. §. 4.

1) daß das Begräbniß an einem anständigen Orte geschehe und zwar in der Regel auf dem Kirchhofe, sofern nicht Jemand vermöge eines Vorrechts oder einer besondern Concession in der Kirche selbst begraben zu werden verlangen kann [76]. 2) Daß die Leiche zum Begräbniß begleitet werde, (*honor sepulturae* [77]). Ein solches Begräbniß dürfen die in Deutschland gebilligten christlichen Religionspartheyen einander auf ihren Gottesäckern nicht versagen, wenn sie gleich von verschiedener Religion sind [78]), und es wird wenigstens bey den Protestanten auch den ungetauft verstorbenen Kindern gestattet [79]). Man theilt das christliche Begräbniß wieder in ein feyerliches, (*sepultura solemnis*) und ein stilles, oder nichtfeyerliches (*sepultura minus solennis*) ein, je nachdem es entweder mit allen nach Anordnung der Liturgie festgesetzten Feyerlichkeiten vollzogen wird, oder nicht. Zu jenem gehört die Begleitung der Geistlichkeit und der Schule unter öffentlichem Gesange, das Vortragen des Kreuzes, Geläute der Glocken, Haltung einer Trauerrede, Trauermusik u. dergl. [80]). Es hat jedoch auch

76) In dem Canonischen Rechte wird dieser Vorzug nur den Regenten, den Geistlichen, den Patronen und andern besondern Wohlthätern der Kirche zugestanden. *Can. 13. 16. 18. C. XIII. Qu. 2.* *Fr. de* ROYE de iure honorifico in ecclesia. Lib. I. c. 9.

77) *Iust. Hen.* BOEHMER iur. eccles. Protestant. Lib. III. Tit. 28. §. 21. n. *Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur. canon. §. 605.

78) *Westph. Fr. Art. V. §. 35.* Schnauberts Grundsätze des Kirchenrechts §. 300.

79) BOEHMERI ius eccles. Protest. c. l. §. 47. et G. L. BOEHMERI Princip. iuris canon. §. 605.

80) Von den Solemnien katholischer Leichenbegängnisse handeln *Xav.* GMEINER Institut. iur. eccles. Tom. II. §. 431. und *Paul Ios. a* RIEGGER Institut. iurisprud. eccles. P. III. §. 434.

auch selbst das feyerliche Begräbniß nach dem Stande des Verstorbenen seine verschiedenen Grade, welche nach der Observanz eines jeden Orts zu beurtheilen sind [81]). Dem Pfarrer liegt übrigens bey der Beerdigung seiner Parochianen die Sorge für die Beobachtung der liturgischen Form ob, wofür er seine Gebühren oder Funeralien erhält [82]).

Dem kirchlichen Begräbniß wird das unehrbare (*sepultura inhonesta*) entgegengesetzt, welches zur Strafe ohne die kirchliche Form an einem von dem Kirchhofe abgesonderten Orte geschieht. Das kanonische Recht bestimmt eine große Anzahl von Fällen, in welchen Jemand des kirchlichen Begräbnisses auf geweiheten Gottesäckern beraubt seyn soll [83]). Allein diese Verordnungen werden bey den Protestanten nicht durchgehends in Anwendung gebracht [84]). Der äusserste Grad des unehrbaren Begräbnisses ist das sogenannte Eselsbegräbniß (*sepultura asinina*), welches darin

81) S. Wiese Handbuch des Kirchenrechts 3. Th. §. 416. S. 371.

82) *Cap. 5. X. de sepultur. Clem. 2. eodem. Cap. 42. X. de Simonia. Ge. Lud.* BOEHMER Princip. iur canon. §. 607.

83) Es werden dahin alle Nichtgetaufte und Ketzer, alle mit dem Kirchenbann belegte, und nicht vor ihrem Tode absolvirte, alle Selbstmörder, und die im Duell geblieben sind, desgleichen alle, die sich des Verbrechens der Zinswucherey schuldig gemacht haben u. d. m. gerechnet. *Cap. 27. et 28. Dist. 1. de Consecrat. Cap. 8. et 13. X. de heret. Cap. 2. eodem in 6to. Cap. 1. X. de torneament. Cap. 11. et 12. X. de sepultur. Cap. 28. X. de sentent. excommunic. Can. 12. C. XXIII. Qu. 5. Cap. 3. X. de Usur. Cap. 2. eodem in 6to.* S. GMEINER Institut. iur. eccles. Tom. II. §. 432.

84) *I. H.* BOEHMERI ius eccles. Protest. Lib. III. Tit 28. §. 40.— §. 55. und Schnaubert Grundsätze des Kirchenrechts §. 298.

darin besteht, wenn der Körper eines Menschen, wie der eines Viehes, von dem Schinder weggeschleppt, und unter dem Galgen oder auf dem Schindanger eingescharrt wird. Dieses setzt ein begangenes schweres Verbrechen voraus, und ist ein Gegenstand der Criminaljurisdiction [85].

§. 771.

Von Begräbnißkosten. I. Wer trägt sie?

Das Begräbniß erfordert nun mancherley Kosten. Diese müssen in der Regel aus dem Vermögen des Verstorbenen bestritten werden. Daher sagt Ulpian [86]: De suo expedit mortuos funerari. Die Gesetze betrachten in dieser Hinsicht den Vorschuß zu den Begräbnißkosten als eine auf der Verlassenschaft haftende Schuld, für welche die Verlassenschaftsmasse selbst haftet, wenn gleich kein Erbe existirt [87]). Wenn daher eine Ehefrau verstirbt, so muß sie aus ihrem eingebrachten Vermögen und Heyrathsgute begraben werden. Wer also das Heyrathsgut lucrirt, muß diese Kosten tragen. Hat der Ehemann sie vorgeschossen, so ist er solche bey der Restitution des Heyrathsgutes von den zurückzuzahlenden Illaten abzuziehen berechtiget. Denn dieser Kostenaufwand wird als eine Schuld des Heyrathsgutes angesehen.

L. 16.

85) S. BOEHMERI Princip. iur. canon. §. 608. und Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinl. Rechts. 1. Th. §. 76. S. 168. Not. g.

86) *L. 14. §. 13. D. h. t.*

87) *L. 1. L. 18. D. h. t. L. 12. §. 3. L. 14. §. 1. D. eodem. L. 45. D. eodem.*

L. 16. *D. h. t.* In eum, ad quem dotis nomine quid pervenerit, dat Praetor funerariam actionem: *aequissimum enim visum est veteribus, mulieres, quasi de patrimoniis suis, ita de dotibus funerari*: et eum, qui morte mulieris dotem lucratur, in funus conferre debere, sive pater mulieris est, sive maritus.

L. 17. *D. eodem.* Sed si nondum pater dotem receperaverit, vir solus convenietur, *reputaturus patri, quod eo nomine praestiterit.*

L. 18. Impensa enim funeris *aes alienum dotis* est.

L. 19. *eod.* Ideoque etiam dos sentire hoc aes alienum debet.

L. 20. §. 2. *D. eod.* Cum materfamilias decedit, nec est eius solvendo hereditas, *funerari eam ex dote tantum oportet:* et ita CELSUS scribit.

Hat die Ehefrau ausser dem Heyrathsgute noch anderes Vermögen hinterlassen, und beydes fällt an verschiedene Personen, z. B. das Heyrathsgut vermöge der Eheverträge an den Mann, das übrige Vermögen an die Erben der Frau, so tragen beyde die Kosten nach dem Verhältniß dessen, was sie aus dem Nachlaß der Frau erhalten haben.

L. 22. *D. eod.* CELSUS scribit: Quoties mulier decedit, ex dote, quae penes virum remanet, et caeteris mulieris bonis, pro portione funeranda est.

L. 23. Veluti si in dote centum sint, in hereditate ducenta: duas partes heres, unam vir conferet.

Jedoch ist das Verhältniß dergestalt zu bestimmen, daß der Erbe, als Erbe, die Vermächtnisse und übrigen

Schul-

Schulden allein übernehmen muß, damit nicht durch Abzug derselben die Erbschaft zum Nachtheil des Mannes vermindert, und dieser dadurch in Rücksicht seines Antheils zum Kostenbeytrag zur Ungebühr belästiget werde, zumal der Vorschuß der Begräbnißkosten allen andern Schulden vorgeht [88]).

L. 24. *D. h. t.* IULIANUS scribit, *non deductis legatis.*

L. 26. *D. eodem.* Nec aere alieno deducto.

L. 27. *pr. D. eod.* Sic pro rata et maritum et heredem conferre in funus oportet.

Auf gleiche Weise können auch Eltern die auf das Begräbniß ihrer Kinder verwandten Kosten zurückfordern, wenn diese eigenes Vermögen hinterlassen [89]), und die Eltern tragen sie als Miterben nur pro rata.

L. 30. *D. h. t.* Contra quoque, quod pater in funus filiae impendit, aut alio agente secum funeratitia praestitit, ipse actione de dote a marito recipit [90]). Sed

88) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. *ad L.* 24. *D. h. t.* und *Iac.* GUTHERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 17. pag. 510.

89) S. Hymmens Beyträge zu der jurist. Litteratur in den Preuß. Staaten 2. Samml. S. 123. Nr. 6.

90) POTHIER in Pandect. Iustin. h. t. Nr. XLVII. not. e. erklärt diese Stelle von dem Falle, da der Vater seiner Tochter ein Heyrathsgut versprochen, und mit seinem Schwiegersohn die Uebereinkunft getroffen hat, daß solches nach dem Tode der Tochter demselben verbleiben solle. Stirbt nun die Tochter, ehe noch das Heyrathsgut ausgezahlt war, so könne der Vater, wenn er wegen des versprochenen Heyrathsgutes actione ex sti-

Sed si emancipata in matrimonio decedat, collaturos heredes, bonorumve possessores, et patrem pro portione dotis, quam recipit, et virum pro portione dotis, quam lucratus est.

Hat der Verstorbene kein Vermögen hinterlassen, oder das hinterlassene Vermögen ist zur Bestreitung der Beerdigungskosten unzulänglich, so liegt zunächst dem Vater die Verbindlichkeit ob, seine Kinder begraben zu lassen; und zwar ist kein Unterschied, sie seyen noch in väterlicher Gewalt oder nicht.

L. 21. D. h. t. In patrem, cuius in potestate fuerit is, cuius funus factum erit, competit funeraria actio pro dignitate et facultatibus.

Wenn

stipulatu belangt wird, die Leichenkosten abziehen, die er auf das Begräbniß seiner verstorbenen Tochter verwendet hat. Allein Anton Faber in Rational. in Pandect. ad h. L. 30. setzt hier richtiger einen solchen Fall voraus, wo das Heyrathsgut der Tochter, welches der Vater bestellet hatte (dos profectitia), nach dem Tode der erstern wieder an den Vater zurückfiel. Hier geschahe es nicht selten; daß eine terminliche Restitution (annua, bima, trima die. *L. un. §. 7. Cod. de rei uxor. act.*) ausbedungen wurde. Starb nun die Tochter in der Ehe, und der Vater hatte sie begraben lassen, oder ein Anderer hatte dieses gethan, dem der Vater den Kostenvorschuß wieder ersetzen mußte; so brauchte der Vater den Termin nicht abzuwarten, sondern er konnte gleich actione de dote darauf klagen, daß ihm der gemachte Kostenaufwand aus dem Heyrathsgute der Tochter ersetzt werde. Diese Erklärung ist unstreitig den Worten angemessener, als jene des Pothier, nach welcher der Vater als Beklagter dargestellt wird, der doch nach den klaren Worten des Fragments offenbar als Kläger aufgeführt wird.

Wenn daher die verstorbene Tochter verheyrathet w[ar,] aber keinen Brautschatz gehabt, noch sonst Vermögen h[in]terlassen hat, so ist nicht der Ehemann, sondern der V[a]ter, wenn dieser vermögend ist, die Begräbnißkosten übernehmen schuldig.

L. 18 *D. h. t.* Quod si nulla dos esset, tunc om[] nem impensam patrem praestare debere, ATILICINU[S] ait.

Auf jeden Fall bleibt immer der Vater die Kost[en] für die Beerdigung seiner Kinder in soweit zu tragen ve[r]bunden, als solche nicht aus dem nachgelassenen Vermö[]gen derselben bestritten werden können.

L. 20. §. 1. *D. h. t.* Si maritus lucratur dotem, convenietur funeraria: *pater* autem non. Sed in hunc casum puto, si dos, quia permodica fuit, in funus non sufficit, *in superfluum in patrem debere actionem dari.*

L. 31. *pr. D. eodem.* Si filiusfamilias miles sit, et habeat castrense peculium: puto successores eius ante teneri: *sic deinde ad patrem venire.*

Ich bemerke hier nur zur Erläuterung der letzten Stelle, welche, so wie die erstere, aus Ulpians *Lib.* 25. *ad Edictum* genommen ist, daß wenn ein Sohn im Kriegsdienst verstarb, und ein peculium castrense hinterließ, zwey Fälle zu unterscheiden waren. Er hatte entweder über das Peculium testirt, und darin, wie er konnte, mit Uebergehung des Vaters, einen Fremden zum Erben ernannt, oder er war ohne Testament verstorben. Im ersten Falle fielen die Begräbnißkosten zunächst dem Erben zur Last, und der Vater war nur in soweit dieselben zu über-

übernehmen verbunden, als sie nicht aus der Erbschaft allein bestritten werden konnten. In dem letztern Falle hingegen fiel zu Ulpians Zeiten das peculium castrense an den Vater, welcher jedoch dasselbe nicht iure hereditario, sondern iure patriae potestatis, also nicht als Erbschaft, sondern als Peculium erhielt[91]). Der Vater mußte also hier die Kosten des Begräbnisses in solidum tragen[92]).

Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche muß der Vater auch seine unehlichen Kinder begraben lassen[93]). Man leitet diese Verbindlichkeit daraus her, weil sie der Vater in ihrem Leben zu ernähren schuldig war[94]). Jedoch wird hier nicht, wie bey legitimen Kindern, auf den Stand und Würde des Vaters Rücksicht genommen[95]).

Nach dem Vater ist die wohlhabende Mutter, und nach derselben sind auch die Großältern von väterlicher und mütterlicher Linie zu den Beerdigungskosten verpflichtet. Die Praxis richtet sich hier nach eben der Ordnung, in welcher die Verbindlichkeit zur Ernährung der Kinder eintrit[96]). Daher sind auch gegenseitig wohlhabende Kinder ihre arme Eltern auf ihre Kosten beerdigen zu lassen verbunden[97]).

 Der

91) *L. 2. D. de castrensi peculio.*

92) S. *Ant.* FABER in Rational. ad Pand. h. L. 31. pr. D. h. t. pag. 600.

93) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 43.

94) S. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 9.

95) *L. 21. D. h. t.*

96) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 43.

97) STRYK c. l. §. 44. und *Gebh. Christ.* BASTINELLER Diss. de iure sepulturarum. *Vitebergae 1730.* Cap. IV. §. 1.

Der Ehemann hingegen ist nur dann die Kosten für die Beerdigung seiner verstorbenen Frau zu übernehmen verbunden, wenn die letztere weder Vermögen hinterlassen hat, noch ihr Vater vermögend ist, diesen Kostenaufwand zu bestreiten; und dann kommt ihm doch immer auch die Wohlthat der Competenz zu statten, wenn er von demjenigen, der den Kostenvorschuß gethan hat, auf Wiedererstattung belangt wird, und er nicht alles bezahlen kann, ohne sich selbst den nöthigen Unterhalt zu entziehen [98]). **Pomponius** sagt *L.* 28. *D. h. t.*

Quodsi nulla dos esset, tunc omnem impensam patrem praestare debere, ATILICINUS ait: aut heredes eius mulieris, puta emancipatae. Quodsi neque heredes habeant, neque pater solvendo sit, *maritum, in quantum facere potest, pro hoc conveniri*: ne iniuria eius videretur, quondam uxorem eius insepultam relinqui.

Umgekehrt wendet man dies auch auf die Frau an, welche man für schuldig hält, ihren Mann begraben zu lassen, wenn er weder selbst Vermögen hinterlassen hat, noch ein vermögender Vater vorhanden ist, der diese Kosten übernehmen könnte [99]).

Außerdem stellt die Praxis den Grundsatz auf, daß derjenige, welcher dem Verstorbenen die Alimente geben mußte,

98) WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Obs. 73. BERGER Resolution. LLeg. obstant. h. t. Q. 2. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Q. 4.

99) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 29. CARPZOV P. III. Constit. 25. Def. 7.

mußte, auch zur Beerdigung desselben verbunden sey[100]). Man sieht diesen Aufwand gleichsam als die letzte Liebespflicht an, wozu der Ernährer des Verstorbenen um so mehr verbunden sey, weil er durch den Tod des Alimentars von der Last der Ernährung befreyet werde[1]). Allein in der Theorie ist dieses Princip nicht gegründet, wie schon von andern[2]) gezeigt worden ist. Denn die Pflicht der Ernährung wird durch den Tod des Alimentars aufgehoben[3]). Wie kann also aus einer erloschenen Verbindlichkeit die Verbindlichkeit zur Beerdigung hergeleitet werden, welche erst nach dem Tode des Alimentars eintreten kann? Mehrere[4]) schränken daher jene Regel blos auf den Fall ein, wenn die Verbindlichkeit zur Ernährung aus gesetzlicher Vorschrift (*ex provisione legis*) entspringt; wie z. B. bey Eltern, Kindern und Geschwistern, desgleichen bey Ehegatten. Läugnen hingegen die Anwendbarkeit derselben schlechterdings, wenn die Verbindlichkeit zur Ernährung *ex provisione hominis* herrührt, und z. B. durch Vertrag oder letzte Willensverordnung ist begründet wor-

 den.

100) COLERUS Tr. de alimentis Lib. II. cap. I. nr. 12. sqq. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 42. CARPZOV P. II. Constit. 46. Def. 23. nr. 2. et 3.

1) HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4035. nr. IX.

2) S. *Io. Gottlieb* SIEGEL Diss. de legitimo successore hereditatem omittente, actionis funerariae reo. *Lipsiae* 1725. §. 5. und *Ern. Henr.* MYLII Disquisit. An is, qui alimenta vivo praestitit, ad hunc sepeliendum sit obligatus? *Vitebergae* 1737.

3) *L. 8. §. 10. D. de transact.*

4) MÜLLER ad *Struvium*. Exercit. XV. Th. 87. not. γ. BASTINELLER Diss. de iure sepulturarum Cap. IV. §. 1. in fin.

den. Hier hört sie mit dem Tode des Alimentars auf, weil dergleichen Dispositionen streng zu erklären sind.

Ist Niemand vorhanden, dem dieser Kostenaufwand aufgebürdet werden kann, so muß der Verstorbene aus der öffentlichen Armenkasse begraben werden. Den Gläubigern kann diese Last zu übernehmen, den Rechten nach nicht zugemuthet werden [5]).

§. 772.

Wem liegt die Sorge für die Beerdigung ob? Klagen wegen Wiedererstattung vorgeschossener Beerdigungskosten.

Die Sorge für die Beerdigung eines Verstorbenen liegt vor allen Andern demjenigen ob, dem der Verstorbene den Auftrag dazu ertheilt hat. Dieser kann sich dem Beerdigungsgeschäft vermöge des erhaltenen Auftrags unterziehen, wenn auch gleich der Haupterbe widersprechen sollte [6]). Es steht ihm aber auch frey, den Auftrag von sich abzulehnen, und er hat deshalb keine weitere Strafe zu befürchten, als daß er das Legat verliert, welches ihm deshalb von dem Verstorbenen ist ausgesetzt worden.

L. 12. §. 4. *D. h. t.* Funus autem eum facere oportet, quem decedens elegit: sed, si non ille fecit, nullam esse huius rei poenam, nisi aliquod pro hoc emolumentum ei relictum est; tunc enim, si non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur.

Hätte er jedoch die Belohnung schon erhalten, und er besorgt die Beerdigung nicht, so kann er actione doli belangt

5) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 55.

6) *L. 14. §. 13. D. h. t.*

langt werden, daß er das Empfangene wieder herausgebe; er kann aber auch auf angebrachte Imploration angehalten werden, sich noch der Leichenbesorgung zu unterziehen [7]).

L. 14. §. 2. *D. h. t.* Si cui funeris sui curam testator mandaverit, et ille, accepta pecunia, funus non duxerit, de dolo actionem in eum dandam Mela scripsit. Credo tamen, et extra ordinem eum a Praetore compellendum, funus ducere.

Erhielt Niemand einen Auftrag, so ist zunächst der Haupterbe die Beerdigung zu besorgen verpflichtet. Nächst diesem kommen die Verwandten in der Ordnung, wie sie succediren [8]). Nimmt keine dieser Personen sich der Beerdigung an, so kann sie, selbst wider deren Verbot, jeder Fremde besorgen. Denn der Prätor verordnet, wie Ulpian [9]) sagt, ganz allgemein:

Quod funeris causa sumtus factus erit, eius recuperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo.

Ulpian fügt noch hinzu *L.* 12. § 3. *D. h. t.* Hoc Edictum iusta ex causa propositum est: ut, qui funeravit, persequatur id, quod impendit. Sic enim fieri, ne insepulta cadavera iacerent: neve quis de alieno funeretur.

Hat Jemand die Begräbnißkosten vorgeschossen, so hat es entweder der Miterbe gethan, und dann fordert dieser

 von

7) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7.

8) *L.* 12. §. 4. *D. h. t.* Si nulli delegatum id munus est, scriptos heredes ea res contingit: si nemo scriptus est, legitimos, vel cognatos quosque suo ordine, quo succedunt.

9) *L.* 12. §. 2. *D. h. h.*

von dem andern Miterben die Auslage seines Beytrags mit der *actio familiae erciscundae* zurück [10]); oder ein Anderer hat sie vorgeschossen. Dieser hatte entweder den Auftrag zur Besorgung des Begräbnisses vom Erblasser oder von demjenigen, welcher zunächst dazu verpflichtet war, erhalten, und dann kommt ihm wegen seiner Auslagen die Mandatsklage zu statten [11]). Oder er hat das Begräbniß ohne Auftrag besorgt. Hier sind zwey Fälle zu unterscheiden. Der Leichenbesorger hat sich entweder dem Beerdigungsgeschäft unterzogen, nachdem der Erbe bereits die Erbschaft angetreten hatte. Hier hat er das Geschäft des Erben gerirt, und es hat daher die *actio negotiorum gestorum contraria* Statt [12]). Oder er hat das Leichenbegängniß besorgt, vor Antretung der Erbschaft. Für diesen Fall hat der Prätor eigentlich die *actio funeraria* eingeführt. Denn so lange der Erbe die Erbschaft noch nicht angetreten hat, kann man nicht sagen, es sey desselben negotium gerirt worden. Folglich hatte auch die actio negotiorum gestorum gegen ihn nicht statt. Können auch sonst die Geschäfte eines Verstorbenen vor Antretung der Erbschaft besorgt werden, so daß die actio negotiorum gestorum gegen den Erben begründet ist, so müssen es doch solche Geschäfte seyn, welche bey Lebzeiten des Erblassers zu dessen Nutzen gerirt werden konnten, oder, wie der Prätor in seinem Edict sagt: *quae, cuiusque, cum is moritur, fuerint* [13]). Von dieser Art ist aber nicht das Beerdigungsge-

10) *L. 14. §. 12. D. h. t.*

11) *L. 14. §. 15. D. eodem.*

12) *L. 3. §. 6. D. de negot. gest. L. 14. §. 7. D. h. t.*

13) *L. cit. 3. §. 6. D. de negot. gest.*

geschäft, quandoquidem vivus nemo sepelitur, wie Anton Faber[14]) ganz richtig bemerkt. Deswegen führte der Prätor für den Fall eine eigene Klage ein, wenn Jemand sich ohne Auftrag der Beerdigung eines Verstorbenen, vor Antretung der Erbschaft, unterzogen, und deswegen Kosten aufgewandt hat[15]). Der Prätor nimmt zum Grunde der Klage an, als ob durch die Leichenbesorgung ein Geschäft des Verstorbenen gerirt worden sey, dessen Person die noch nicht angetretene Erbschaft vorstellt. Denn da Jedem daran gelegen seyn muß, daß sein Körper nach seinem Tode anständig beerdiget werde[16]); so sieht man die Leichenbesorgung gleichsam als einen Contract mit dem Verstorbenen an. Ulpian lehrt dieses ganz deutlich, wenn er *L.* 1. *D. h. t.* sagt: Qui propter funus aliquid impendit, *cum defuncto contrahere creditur*, non cum herede. Die actio funeraria ist also im Grunde eine Art der actionis negotiorum gestorum, und entspringt, wie diese, aus einem Quasi-Contract[17]). Man wird sich von dieser Ansicht noch mehr überzeugen, wenn man die Inscription der L. 1. zu Hülfe nimmt. Nach Anzeige derselben

14) Rational. in Pand. h. t. ad L. 1. pag. 561.

15) S. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. h. §. 30. et 31. *Io. Ad.* KURRER Diss. de actione funeraria. *Tubingae 1684.* §. 6. *Io. Phil.* SLEVOGT Diss. de act. funeraria. *Ienae 1690.* §. 2. und Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1081.

16) Ueber die Idee der Alten, daß Niemand vor seiner Beerdigung über den Styx gesetzt, und in die Unterwelt aufgenommen werde, sehe man *Iac.* GUTHERIUS de iure Manium. Lib. I. cap. 11.

17) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 8.

ben ist unser Fragment aus Ulpians *libro decimo ad Edictum* genommen, in welchem dieser römische Jurist das Edict des Prätors *de negotiis gestis* erklärt hat, wie aus der Vergleichung derjenigen Stellen in den Pandecten erhellet, welche aus dem nämlichen Buche des Ulpians genommen sind [18]. Jakob Labittus [19], Christ. Heinr. Eckhard [20] und Carl Fried. Walch [21], haben dies alles vortreflich ausgeführt. Darin unterscheidet sich jedoch die actio funeraria von der actione negotiorum gestorum contraria, daß bey jener Klage noch mehr, als bey dieser, auf Billigkeit gesehen werden soll, weil dem Staate selbst daran gelegen ist, daß die Todten nicht unbegraben liegen bleiben, sondern zu rechter Zeit gehörig zur Erde bestattet werden. Ulpian lehrt dieses ebenfalls, wenn er *L.* 14 §. 13. *D. h. t.* sagt: Et generaliter puto, iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, *sed solutius aequitatem sequi;* cum hoc ei et actionis natura indulget.

Die actio funeraria ist jedoch nur eine subsidiarische Klage, sie hat daher nicht Statt, wenn derjenige, welcher die Begräbnißkosten aufgewandt hat, durch eine andere Klage seine Auslagen wieder erhalten kann.

L. 14. §. 12. *D. h. t.* LABEO ait, quoties quis aliam actionem habet de funeris impensa consequenda,

fun-

18) *L.* 1. *L.* 3. 5. 8. 10. 12. et *L.* 20. *D. de negot. gest.* C. *Abr.* WIELING Iurisprud. Restituta. Tom. I. pag. 269.

19) Usus Indicis Pandectar. Cap. II. §. 1. (in *Abr.* WIELING *Iurisprud. restitut.* Tom. II. pag. 6.)

20) Hermeneut. iuris Lib. I. §. 191.

21) Ad *Eckhardum* c. l. Not. ad §. 191. pag. 363.

funeraria eum agere non posse: et ideo, si *familiae ercis-cundae* agere possit, *funeraria* non acturum. Plane, si iam familiae erciscundae iudicio actum sit, posse agi.

L. 14. §. 15. *D. eod.* Qui mandatu alterius funeravit, non habet *funerariam actionem*, sed is scilicet, qui mandavit funerandum, sive solvit ei, cui mandavit, sive debet. — Contra si quis mandatu heredis funeravit, non posse eum *funeraria* agere, LABEO scribit: quia habet *mandati actionem*.

Directe steht die Klage demjenigen zu, welcher ohne Auftrag, jedoch quasi alienum negotium gerens, das Begräbniß eines Andern, vor angetretener Erbschaft, entweder selbst besorgt, und deswegen Kosten, nicht als Schenkung, aufgewandt, oder einem Andern deshalb einen gültigen Auftrag ertheilt hat; imgleichen jedem Erben und Nachfolger desselben[22].

Utiliter kann sich jedoch derselben auch

1) Ein **Mandatar** bedienen, und zwar

a) wenn ihm der Auftrag zur Beerdigung von einem Pupillen, ohne Zustimmung des Vormundes, war ertheilt worden. Es lassen sich hier zwey Fälle gedenken.

α) Der Pupill, der den Auftrag ertheilt hat, ist nicht Erbe des Verstorbenen, und die Leiche ging ihn gar nichts an. Hier wird die actio funeraria utilis gegen den Erben gestattet, weil es unbillig seyn würde, wenn der Erbe durch die Ungültigkeit des Auftrags gewinnen sollte. **Directe** hat die Klage darum nicht Statt, weil der Mandatar

22) *L.* 31. §. 2. *D. h. t.*

tar hier nicht die Absicht hatte, den Erben verbindlich machen [23]).

β) Die Leiche gieng den Pupillen selbst an, und die hat einem Andern, ohne Auctorität seines Vormundes, d Auftrag zur Beerdigung gegeben. Hier kann gegen d Pupillen geklagt werden, wenn dieser Erbe des Verstorb nen geworden ist, so weit nämlich die Erbschaft zur Beza lung der Kosten hinreicht. Denn so weit ein Unmündig bereichert ist, wird er auch, ohne Auctorität seines Vo mundes, verbindlich [24]). Alles dies bestätiget folgend Stelle Ulpians.

L. 14. §. 15. *D. h. t.* Quodsi pupillus mandavi sine tutore auctore, *utilem funerariam* dandam adversu heredem ei, qui impendit: lucrari enim heredem ini quum est. Si autem pupillus *funus ad se pertinens* sine tutoris auctoritate mandavit, *dandam in eum actionem arbitror*, si et heres extitit ei, qui funeratus est, solvendoque hereditas est.

b) Wenn zwar der Auftrag an sich gültig war, die actio mandati aber, wegen der Zahlungsunvermögenheit des Mandanten, dem Mandatar nichts nützt [25]).

2) Der Besitzer der Erbschaft, welcher den Verstorbenen in der Meinung, daß er desselben Erbe sey, hatte beerdigen lassen, wenn er nachher den wahren Erben weichen mußte,

23) S. POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XXXIX. Not. c.

24) POTHIER c. l. not. f.

25) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad §. 16. Legis 14. D. h. t. pag. 590. und SLEVOGT Diss. cit. §. 7.

mußte, und bey der Restitution der Erbschaft die Begräbnißkosten nicht abgezogen hat. Daß dieser die aufgewandten Kosten nur actione funeraria utili zurückfordern könne, beweißt folgende Stelle des Paulus.

L. 32. *pr. D. h. t.* Si possessor hereditatis funus fecerit, deinde victus, in restitutione non deduxerit, quod impenderit, *utilem* esse ei *funerariam*.

Der Grund hiervon ist nicht bloß Billigkeit, sondern weil vermöge des unter dem Kr. Hadrian gemachten Juventianischen Senatusconsultums der redliche Besitzer, ausser der Restitution der Erbschaft, keinen Schaden leiden soll [26]), wie Anton Faber [27]) mit Recht bemerkt hat. Eine directe Klage konnte hingegen nach der Strenge des Rechts darum nicht Statt finden, weil der Besitzer der Erbschaft die Kosten der Beerdigung nicht in der Absicht aufwandte, um das Geschäft eines Andern zu besorgen. Ulpian lehrt dieses deutlich, wenn er sagt:

L. 14. §. 11. *D. h. t.* Si quis, dum se heredem putat, patremfamilias funeraverit, *funeraria actione* uti non poterit, *quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens.* Et ita TREBATIUS et PROCULUS putat. Puto tamen et ei *ex causa* dandam *actionem funerariam.*

3) Der Legatar, wenn die demselben von dem Erblasser vermachten Kleider zur Leiche verwendet worden sind, kann den Ersatz dafür mit der actio utilis von dem Erben fordern, und diese Forderung hat die Rechte der Leichenkosten. Es gehören hierher folgende Stellen.

L. 46.

26) *L.* 25. §. 11. *D. de hereditat. petit.*

27) Rational. in Pand. ad h. L. 32. h. t.

L. 46. §. 2. *D. h. t.* Ei, cui vestimenta leguntur, si in funus erogata sint, utilem actionem in heredem dandam placuit, et privilegium funerarium [28]).

L. 3. *Cod. h. t.* Legatum a defuncto tibi relictum, et quod in funus vel morbum eius erogasse te boni viri arbitratu probaveris, Praeses provinciae solvi tibi iubebit.

Die Klage wird gegen den angestellt, welchem die Besorgung des Begräbnisses oblag; und sie ist auch dann begrün-

28) *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. pag. 610. versteht dieses Fragment von dem Falle, da der Erbe unwissend Kleider, die von dem Verstorbenen einem Andern waren vermacht worden, auf die Leiche desselben verwendet hat, und beruft sich auf die *L.* 63. *D. de Legat. II.* wo es heißt: Si heres rem legatam ignorans in funus consumsit, ad exhibendum actione non tenebitur: quia nec possidet, nec dolo malo fecit, quominus possideret; sed per *in factum actionem* legatario consulitur, ut indemnitas ei ab herede praestetur. Die *actio utilis*, deren in der *L.* 46. gedacht wird, sey also eine *actio in factum*, wie sie hier genennt wird. Ihm stimmt auch POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. III. Lib. XLII. Tit. 5. Nr. XXXII. not. a. et b. pag. 186. bey. Die Glosse hingegen nimmt den Fall an, da der Legatar selbst das Vermächtniß für die Leiche verwendet hat. So versteht diese Stelle auch SLEVOGT in Diss. de actione funeraria §. 3. und HOFACKER in Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4036. lit. B. Da der actio utilis das Privilegium der actionis funerariae beygelegt wird, so scheint mir die letztere Erklärung dem Zusammenhang der Rede und der Natur der Sache angemessener zu seyn. Für die erste Erklärung stimmt indessen auch *Io.* ALTAMIRANUS Tractat. II. ad Libr. II. Quaestionum Scaevolae ad h. L. (in MEERMANI *Thesauro iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 395.)

würdet, wenn gleich derselbe die Besorgung dem Kläger untersagt hatte, dabey aber selbst keine Anstalten dazu machte.

L. 14. §. 13. *D. h. t.* Idem LABEO ait, si *prohibente herede* funeraveris testatorem, ex causa competere tibi *funerariam.*

L. 14. §. 17. *D. eod.* Datur autem haec actio adversus eos, *ad quos funus pertinet*, utputa adversus heredem bonorumve possessorem, caeterosque successores.

Sie geht auf die Wiederbezahlung der aufgewandten Leichenkosten; und zwar ist die actio funeraria mit dem besondern Vorzugsrechte versehen, daß bey einem entstandenen Concurs über das Vermögen des Verstorbenen die vorgeschossenen Begräbnißkosten vor allen andern Forderungen bezahlt werden müssen. Mäcian sagt *L.* 45. *D. h. t.*

Impensa funeris semper deducitur, *quae etiam omne creditum solet praecedere*, cum bona solvendo non sint.

Mehrere Rechtsgelehrten [29]), und unter den neuern vorzüglich Westphal [30]) meinen zwar, die Worte: *omne creditum* dürften nicht so allgemein genommen werden, sondern

29) *Fr.* CONNANUS Commentar. iur. civ. Lib. IV. cap. 17. in fin. *Hug.* DONELLUS in Commentar. ad L. 7. Cod. Qui potiores in pignore. nr. 4. pag. 638. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Operum.* pag. 269. *Petr.* VANDERANUS de privilegiis creditor. Cap. 3. (in *Ger.* MEERMAN *novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 686.)

30) Syst. Erläut. der Röm. Gesetze vom Pfandrecht §. 147.

dern man könnte solche nur höchstens von den persönlichen Schuldforderungen verstehen. Vor den Hypotheken könnte man ihnen hingegen keinen Vorzug einräumen, wenigstens nicht vor allen. Man sagt, der Ausdruck *creditum* deute im rechtlichen Sinn nur Personalgläubiger an [31]. Sodann sage Mäcian ausdrücklich, die Begräbnißkosten sollten aus der Erbschaft bezahlt werden. Was könnte dies anders heissen, als daß das Privilegium dieser Forderung ein blos persönliches sey? Denn Pfänder, welche die Gläubiger mit der hypothekarischen Klage verfolgen können, dürfe man hierher nicht rechnen [32]. Hierzu komme, daß in der *L.* 14. §. 1. *D. h. t.* die Begräbnißkosten ausdrücklich blos dem Pfandrechte des Vermiethers wegen des ihm schuldigen Miethgeldes, und den Vermächtnissen vorgezogen würden. Dies sey als ein specielles Recht anzusehen, welches seinen besondern Grund habe, der sich auf andere Pfandrechte nicht ausdehnen läßt. Denn von Vermächtnissen sey es überhaupt bekannt, daß sie allemal erst nach Abzug der Schulden des Erblassers bezahlt würden. Der Vermiether aber solle blos den ausserhalb des gemietheten Hauses entstandenen Schulden des Miethmanns vorgezogen werden. Das Begräbniß gehöre gleichsam zu dem, was im Hause selbst noch aufgezehrt worden. Allein sämmtliche Gründe sind der berühmten Vertheidiger dieser Meinung nicht würdig, wie Joh. Voet [33], und Herr Prof. Dabelow [34] sehr gründlich gezeigt haben. Denn auch davon abge-

31) *L.* 10. *L.* 11. *et L.* 12. *D. verbor. significat.*

32) *L.* 9. *Cod. Qui potior. in pignore.*

33) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 9.

34) Ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger. Cap. VIII. S. 184. ff.

abgesehen, daß die Worte: *omne creditum*, viel zu generell gefaßt sind, als daß sie eine solche Einschränkung erlauben, dergleichen man dem Gesetz hat unterschieben wollen, auch der Grund des Privilegiums selbst derselben offenbar entgegen streitet [35]); so läßt sich noch aus andern Stellen klar erweisen, daß die Begräbnißkosten allen Schulden vorgehen sollen, sie mögen seyn, von welcher Art sie wollen. Nicht nur **Pomponius** sagt *L.* 22. 23. 24. *et* 26. *D. h. t.* die Leichenkosten sollen bezahlt werden non deductis legatis, *nec aere alieno deducto*; sondern auch **Paulus** bestätigt dieses ausdrücklich, wenn er *Lib. I. Sentent. receptar. Tit.* 21. §. 15. sagt: Quidquid in funus erogatur, *inter aes alienum* primo loco deducitur [36]). Man wende nicht ein, daß die angeführten Gesetze einen Concurs im Sinn des römischen Rechts voraussetzen, welcher nur unter Personalgläubigern Statt hatte, und die hypothekarischen gar nichts anging [37]). Denn es ist bekannt, daß nur die chirographarischen unprivilegirten Gläubiger die gerichtliche Immission in dasjenige Vermögen des Schuldners erhielten, welches absolut privilegirte Forderungen, zu denen die Leichenkosten gehörten, und hypothekarische Gläubiger übrig ließen [38]). Ganz entscheidend spricht aber für das Vorzugsrecht der Leichenkosten selbst vor hypothekarischen Forderungen die *L.* 14. §. 1. *D. h. t.* wo **Ulpian** sagt:

Si

35) *L.* 43. *in fin. D. h. t.*

36) In *Ant.* SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 266.

37) *L.* 10. *Cod. de rebus auctorit. iud. possid.*

38) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 4. Th. Nr. LXXXII. §. 2. S. 492. ff.

Si colonus vel inquilinus ſit is, qui mortuus eſt, nec ſit, unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum POMPONIUS ſcribit: et ſi quid ſuperfluum remanſerit, hoc pro debita penſione teneri.

Es iſt hier mit keinem Worte geſagt, daß dieſer Vorzug blos ausnahmsweiſe bey der hier genannten Forderung des hypothekariſchen Gläubigers Statt haben ſolle. Es iſt wenigſtens nicht abzuſehen, worin der beſondere Grund dieſer Ausnahme liegen ſolle. Es muß daher der nämliche Vorzug den Leichenkoſten auch vor andern mit einer ſtillſchweigenden oder ausdrücklichen Hypothek verſehenen Forderungen eingeräumt werden, wie inſonderheit auch noch daraus erhellet, wenn Juſtinian *L.* 22. §. 9. *Cod. de iure delib.* verordnet.

In Computatione autem patrimonii damus licentiam, *excipere et retinere*, *quidquid in funus expendit*, vel in teſtamenti inſinuationem vel in inventarii confectionem, vel in alias neceſſarias cauſas hereditatis approbaverit ſeſe perſolviſſe. Si vero et ipſe aliquas contra defunctum habeat actiones: non hae confundentur, ſed ſimilem cum aliis creditoribus per omnia habeat fortunam: temporum tamen praerogativa inter creditores ſervanda.

Hierin ſtimmen auch die meiſten ſowohl ältern als neuern Rechtsgelehrten [39]) mit einander überein.

Noch

39) S. *Io. Iacob* WISSENBACH Commentar. ad L. 3. Cod. h. t. pag. 210. *Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Digeſtorum. h. t. §. 39. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Dec. XXXIV. Th. 10. *Io. Phil.* SLEVOGT Diſſ. de actione funer. §. 16. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4038. Chriſt. Gottl.

Noch ist zu bemerken, daß das gedachte Vorzugsrecht [ni]cht nur den Leichenkosten beygelegt ist, welche auf die [B]eerdigung des Schuldners selbst sind verwendet worden, [so]ndern auch denjenigen, welche bey der Beerdigung solcher [P]ersonen aufgegangen sind, die der Schuldner beerdigen [z]u lassen verpflichtet war. Daher haben nach dem römi[sc]hen Rechte auch die auf das Begräbniß der Frau oder [d]er Kinder des Schuldners verwandte Kosten gleiches Vor[r]echt. Ulpian läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er [L]. 17. *pr. D. de reb. auct. iud. possid.* sagt: Quaesitum est, [u]trum ita demum privilegium habeat *funeraria*, si is, [c]uius bona veneunt, funeratus sit: an etiam, si propo[n]as alium esse funeratum? et hoc iure utimur, *ut qui[c]unque sit funeratus*, (id est, *sive is, cuius de bonis agitur, sive quid is debuit, quod reddere eum, si vive-ret, funeraria actione cogi oporteret) privilegio locus sit.* Es wird jedoch, wenn das mehrerwähnte Privilegium Statt haben soll, vorausgesetzt, daß der Kostenaufwand noch vor dem Ausbruch des Concurses gemacht worden sey 40). Denn stirbt der Schuldner wäh-

 rend

Gottl. Gmelins Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 3. S. 78. ff. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. Sect. I. §. 465. pag. 283. u. a. m.

40) Nach der Praxis hat diese Einschränkung keinen Zweifel. Man sehe MEVIUS P. II. Decis. 222. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 55. LEYSER Medit. ad Pand. Vol. VII. Spec. CCCCLXXXIV. Corol. 1. pag. 508. Gmelins Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 3. S. 81. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4617. lit. B. THIBAUT Syst. des P. R. 3. B. §. 1236. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen u. Einreden 4. B. §. 1083. und Aug. Siegm. Kori System des Concurs-Prozesses Lib. II. Cap. 2. §. 8. S. 183.

rend des Concurses, so ist er entweder als ein Armer a[uf] öffentliche Kosten, oder auf Kosten derjenigen zu begrab[en,] welchen diese Verbindlichkeit nach den Gesetzen obliegt. D[ie] Gläubiger sind nicht verbunden, den Schuldner aus de[m] ihnen abgetretenen Vermögen begraben zu lassen, da kein[e] der oben angeführten Klagen hier anwendbar ist [41]). W[e]gen der Leichenkosten, welche auf die Beerdigung solch[er] Personen verwendet worden sind, die der Schuldner be[]graben zu lassen verbunden war, kann auch das mehrge[]dachte Privilegium nur d[an]n Statt finden, wenn diese Per[]sonen noch vor dem Schuldner verstorben sind. Denn er[]folgt deren Tod erst nach dem Ableben des Schuldners, so kann man mit keinem Rechte aus dessen Vermögen die Leichenkosten fordern, weil die Verbindlichkeit des Schuld[]ners, jene Personen begraben zu lassen, auf blos persönli[]chen Verhältnissen beruhet, die mit seinem Tode aufhö[]ren [42]).

Das Privilegium der Leichenkosten steht übrigens, als ein privilegium causae, nicht nur demjenigen zu, welcher die Begräbnißkosten selbst aufgewandt hat, sondern auch dem Cessionar [43]), und ist mit jeder Klage verbunden, mit wel[]cher

41) Anderer Meinung sind zwar Claproth in der Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse §. 391. und DABELOW in der ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. Cap. 8. S. 186. sq. Allein wie kann nach Eröffnung des Concurses eine solche negotiorum gestio gedacht werden, wor[]auf die actio funeraria gegründet ist? Man sehe auch *Christ. Lud.* CRELL Diss. de vasallo ad impensas in funus decessoris faciendas in subsidium obligato. *Viteb. 1737.* §. 4.

42) S. Gmelin a. a. O. S. 85. und DABELOW a. a. O. S. 187.

43) *L. 68. D. de Reg. iuris.* HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4038. N. III. besonders VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 11.

jer die Bezahlung derselben gefordert werden kann, es sey die actio funeraria, oder familiae erciscundae, oder irgend eine andere wegen derselben zustehende Klage; es muß nur nicht eine solche Novation vorgegangen seyn, wodurch dieses Privilegium aufgehoben wird [44]. Hierher gehören die letztern Worte der oben angeführten *L. 17. pr. D. de reb. auct. iud. possid.* Parvique referre dicamus, qua actione hic sumtus repetatur, funeraria, an familiae erciscundae, an qua alia? dummodo sumtus funeris causa factus sit. *Quacunque igitur actione ob funeris sumtum utatur: etiam funerariam ei competere* [45]. Quare si in stipulatum funeris impensa deducta est: dicendum est, locum esse privilegio, *si modo quis non abiiciendi privilegii causa stipulatus est* [46].

§. 773.

Fälle, wo die Klage auf Wiedererstattung vorgeschossener Begräbnißkosten ganz oder zum Theil wegfällt.

Soll jedoch die Klage auf Wiedererstattung der aufgewandten Begräbnißkosten Statt finden, so wird vorausgesetzt,

1) daß der Kläger die Auslagen nicht aus bloßer persönlicher Zuneigung gegen den Verstorbenen, und ohne die

44) S. Claproths Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse §. 391. S. 587.

45) Das heißt: privilegium funerariae actionis competere. So erklären das Wort *funeraria* mit Accursius *Iac.* GUTHERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 513. und *Pet.* VANDERANUS de privilegiis Creditor. Cap. 3. (in MEERMAN *Thes. iur. civ. et can.* Tom. II. pag. 686.)

46) Man sehe über diese Stelle VANDERANUS c. l. und DABELOW a. a. O. S. 186.

Absicht Ersatz zu fordern, gemacht habe. Jedoch wird dieses im Zweifel nicht vermuthet, sondern es kommt auf die persönlichen Verhältnisse und Verbindungen an, in welchen derjenige, der das Begräbniß übernommen hat, zu dem Verstorbenen stand, woraus desselben Absicht beurtheilt werden muß [47]. So vermuthet man z. B. von Kindern, daß sie aus Liebe ihre Eltern haben umsonst wollen beerdigen lassen, wenn sie nicht durch Protestation eine andere Absicht hierbey erklärt haben. Daher halten es die Gesetze für rathsam, daß derjenige, welcher eine Beerdigung übernimmt, vorher die Absicht, die er dabey hat, erkläre, welches jedoch keinesweges so zu verstehen ist, als ob diese Erklärung zur Begründung der Klage, als schlechterdings nothwendig, erfordert werde [48]. Man erwäge folgende Gesetzstelle.

L. 14. §. 7. *D. h. t.* Sed interdum is, qui sumtum in funus fecit, sumtum non recipit, *si pietatis gratia facit*, non hoc animo, quasi recepturus sumtum, quem fecit; et ita Imperator noster rescripsit. Igitur aestimandum erit arbitro, et perpendendum, quo animo sumtus factus sit: utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit, vel ipsius humanitatis [49]; an vero

47) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 56. et 57. und VOET Comm. h. t. §. 13.

48) Anderer Meinung ist zwar *Amad.* ECKOLT in compendiar. Pandectar. tractat. h. t. §. 2. Allein man sehe KURRER Diss. de actione funeraria §. 8. und HOFACKER Tom. III. §. 4039.

49) Statt *humanitatis* will *Desid.* HERALDUS Observation. et Emendat. cap. 34. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1355.) lieber *hereditatis* lesen. Allein mit Recht verwirft [illegible] *Corn.*

vero misericordiae, vel pietati tribuens, vel affectioni. Potest tamen distingui et misericordiae modus, ut in hoc fuerit misericors, vel pius, qui funeravit, ut eum sepeliret, ne insepultus iaceret, non etiam, ut suo sumtu fecerit: quod si iudici liqueat, non debet eum, qui convenitur, absolvere. *Quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat?* Oportebit [50]) igitur

Corn. van BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. IV. cap. 22. diese Meinung. SALMASIUS in Observat. ad Ius Attic. et Rom. Cap. 25. hält aber wenigstens eine Versetzung der Worte für nöthig, nämlich auf folgende Art: *utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit, an vero ipsius humanitatis, vel misericordiae, vel pietati, vel affectioni tribuens.* Daß die Redensart: *negotium gerere humanitatis* in dem Sinn ächtrömisch sey, wenn man eine Beerdigung, ohne Absicht, Ersatz der Kosten zu fordern, übernimmt, hat *Pet.* FABER Lib. II. Semestrium cap. 1. aus vielen Stellen der Alten erwiesen. Daß auch in diesem Sinn die Worte *misericordia* und *humanitas* mit einander verbunden werden, lehrt SENECA *de Benefic. Lib. V. c.* 20.

50) Verbum *Oportebit*, sagt KURRER cit. loc. non praecisam hic et absolutam infert protestationis necessitatem, eo cum effectu coniunctam, ut, illa insuper habita, repetitioni locus non sit; sed hypotheticam saltem, ad controversiae ratione animi sumtus recuperandi alias metuendae, exclusionem relatam, ut sic idem hic significet, quod vocula *expedit*, aut *opportunum est;* prout in hoc sensu non uno saltem accipitur loco, vid. *L.* 52. *D. de legat.* 2. *L.* 8. *§.* 4. *D. de novi oper. nunciat.* STRAUCH in Lexico particular. iuris verb. *Oportet.* num 5. Paucis; ICtus hoc loco funerantis commodo et utilitati consulere, viamque ad faciliorem sumtuum repetitionem mediante hac protestatione quodammodo sternere, non vero necessitate quadam ad illius interpositionem, sub iactura impensarum, eundem constringere voluit.

tur testari quem, quo animo funerat: ne postea patitur quaestionem.

Nur in dem Falle, da Kinder, oder andere, welche zur Erbschaft des Verstorbenen gerufen sind, und die noch nicht wissen, ob sie die Erbschaft behalten oder annehmen sollen, ist ein ausdrücklicher Vorbehalt der Kostenestattung nöthig, wenn sich solche Personen der Beerdigung des Erblassers unterziehen, und dabey ausdrücklich erklä haben, daß sie dieses Geschäft blos aus Liebe zu dem Verstorbenen, nicht aber als Erben, übernommen hätten. Denn ohne jenen Vorbehalt würden sie sich der Gefahr aussetzen, daß ihnen die Vergütung der Kosten streitig gemacht werde, wie aus folgender Stelle zu ersehen ist.

L. 14. §. 8. *D. eodem.* Plerique filii, cum parentes suos funerant, vel alii, qui heredes fieri possunt, licet ex hoc ipso neque pro herede geritio, neque aditio praesumitur, tamen ne vel miscuisse se necessarii vel caeteri pro herede gessisse videantur, solent *testari*, pietatis gratia facere se sepulturam. Quid si supervacuo fuerit factum? ad illud se munire videntur, ne miscuisse se credantur: ad illud non, ut sumtum consequantur: quippe protestantur, pietatis gratia id se facere. *Plenius igitur eos testari oportet, ut et sumtum possint servare.*

Hat Jemand bey dem Aufwand der Beerdigungskosten nur zum Theil die Absicht zu schenken gehabt, so kann er nur zum Theil Ersatz derselben fordern.

L. 14. §. 9. *D. eod.* Fortassis quis possit dicere, interdum partem sumtus facti posse reciperari, ut quis

pro

pro parte quasi negotium gerens, pro parte pietatis gratia id faciat. Quod est verius. Partem igitur sumtus consequetur, quem non donandi animo fecit."

2) Die Beerdigung muß auf eine dem Stand und Vermögen des Verstorbenen angemessene Art besorgt worden seyn [51]. Der Aufwand darf daher weder übermäßig, noch auf eine so sparsame und kärgliche Art eingerichtet seyn, daß der Verstorbene dadurch beschimpft wird [52]. Mit Recht kann demnach der Richter die Klage verwerffen, wenn das Begräbniß auf eine durch unzeitige Sparsamkeit für den Verstorbenen schimpfliche Weise angestellt worden ist [53]. Ja es kann sogar den Umständen nach eine Injurienklage eintreten [54]. Auf der andern Seite aber kann auch derjenige, welcher ein unverhältnißmäßiges kostbares Begräbniß veranstaltet hat, nicht mehr zum Ersatz fordern, als er billig

51) *L. 12. §. 5. D. h. t.* Sumtus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti.

52) *L. 14. §. 6. D. h. t.* Haec actio, quae *funeraria* dicitur, ex aequo et bono oritur. *Aequum* autem accipitur ex dignitate eius, qui funeratus est, ex causa, ex tempore, et ex bona fide: ut neque plus imputetur sumtus nomine, quam factum est, neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est. Deberet enim haberi ratio facultatum eius, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur.

53) *L. 14. §. 10. D. h. t.* Iudicem, qui de ea aequitate cognoscit, interdum omnino non debere admittere modicum factum, si forte in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus factus sit: nam non debet huius rationem habere, cum contumeliam defuncto fecisse videatur, ita eum funerando.

54) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 70. VOET Comm. h. t. §. 13. KURRER cit. Diss. §. 45.

billig hätte aufwenden sollen, selbst dann nicht, wenn auch der Verstorbene eine solche Anordnung im Testament gemacht hätte [55]). Denn thörichte Verordnungen des Verstorbenen braucht der Erbe nicht zu erfüllen [56]). Um bey der Besorgung eines Begräbnisses weder in excessu noch in defectu zu fehlen, ist es daher rathsam, sich von der Obrigkeit einen Verhaltungsbefehl auszubitten.

Unter diesen Einschränkungen ist übrigens die Klage begründet, der Kläger mag das Leichenbegängniß selbst veranstaltet, oder auch nur das Geld zur Leiche dargeliehen haben; wenn es nur ausdrücklich zu diesem Zweck ist dargeliehen, und auch erweislich dahin verwendet worden ist [57]).

§. 774.

55) *L. 14. §. 6. D. h. t.* Quid ergo, si ex voluntate testatoris impensum est? Sciendum est, nec voluntatem sequendam, si res egrediatur *iustam sumtus rationem:* pro modo autem facultatum sumtum fieri.

56) *L. 113. §. 5. D. de Legat. I. L. 40. §. 2. D. de auro argent. legato. L. 27. D. de condit. institut. L. 5. Cod. de his, quae ut indignis.* VOET Comm. h. t. §. 13. in fin. und *Chr. Gotth.* HÜBNER Diss. de minuendis funerum sumtibus. *Lipsiae 1795.*

57) *Arg. L. 1. D. in quib. caus. pign. L. 24. §. 1. D. de rebus auctor. iud. possid.* MEVIUS Tom. I. Part. II. Decis. 223. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4038. Nr. 2. Der Dritte, welcher auf die Ordre dessen, der die Beerdigung besorgte, Geld hergeliehen hat, kann von der Masse gleichfalls nur für das, was nöthig war, Vergütung fordern; doch steht ihm gegen den Mandanten unbedingt der Regreß offen. S. THIBAUT System des Pand. Rechts. 2. B. §. 980. S. 364. a. E. Anderer Meinung ist jedoch DABELOW vom Concurse der Gläubiger. Cap. 8. S. 191.

§. 774.

Was gehört zu den Leichenkosten?

Unter den Leichenkosten (*Funeris sumtus*) wird nach dem römischen Rechte alles dasjenige begriffen, was entweder unmittelbar zur Beerdigung des Verstorbenen aufgewendet worden, oder zwar nur bey Gelegenheit derselben, aber doch nothwendig aufgewandt werden mußte, um die Beerdigung auf eine für den Verstorbenen anständige Art zu bewerkstelligen [58]. Diese Bestimmung rechtfertiget sich aus folgenden Gesetzstellen.

L. 14. §. 3. *D. h. t.* Funeris causa sumtus factus videtur is demum, qui ideo fuit, ut funus ducatur, sine quo funus duci non possit: utputa si quid impensum est in elationem mortui. Sed et si quid in locum fuerit erogatum, in quem mortuus inferetur, funeris causa videri impensum, LABEO scribit: quia necessario locus paratur, in quo corpus conditur.

L. 14. §. 4. *D. eodem.* Impensa peregre mortui, quae facta est, ut corpus perferretur, funeris est, licet nondum humo funeretur. Idemque et si quid ad corpus custodiendum, vel etiam commendandum [59] factum

58) S. DABELOW a. a. O. S. 188. u. folg. VOET Comm. h. t. §. 14. *Iac.* VOORDA Comm. ad Legem. Falcid. Cap. VIII. §. 13. u. GUTHERIUS de iure Manium Lib. III. cap. 19.

59) *Commendare* heißt hier soviel als deponere corpus, donec iustae sepulturae tradatur, die Leiche an einem Orte so lange aufbewahren, bis sie da abgeholt werden kann. S. CUJACIUS Observat. Lib. II. cap. 17. BRISSONIUS Antiquitat. selectar. Lib. III. cap. 7. und VOORDA cit. Commentar. Cap. 8. §. 13. pag.

ctum sit, vel si quid in marmor [60]), vel vestem collocandam [61]).

L. 37

pag. 169. Die Leseart *Commundandum*, von *commundare*, reinigen, abwaschen, welche einige gebilliget haben, ist ganz irrig. S. *Rad.* FORNERIUS Rer. Quotidianar. Lib. III. cap. 6. (in Ev. OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. p. 200.) und *van* IDSINGA Varior. iuris civ. Cap. 20.

60) *Marmor* ist hier soviel, als arca marmorea, qua condebatur cadaver; ein Sarg von Marmor. S. VOORDA c. l.

61) Auch die Römer pflegten die Leichen anzukleiden, wie KIRCHMANN de funerib. Rom. Lib. I. cap. 10. erwiesen hat. Allein zweifelhaft ist es, was das *collocandam* bedeuten soll. VOORDA c. l. sagt: Vestes illae, quibus cadavera olim solebant indui, dicebantur *collocari*, quum indutae apte et concinne disponebantur. Er beruft sich auf OVIDII *Metamorphos. Lib.* II. vers. 734. und bemerkt dabey, daß zur Verfertigung der Sterbekleider die Libitinarii wären gedungen worden, wie aus VALERIUS MAXIMUS Lib. V. c. 2. erhelle. *Corn. van* BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VII. cap. 25. §. 1. glaubt, man müsse *collocandum* lesen. Denn *collocare* heiße hier nichts anders, als expendere oder erogare, wie dies Wort auch in andern Stellen gebraucht wird, als *L. 7. §. 11. D. de administr. et peric. tutor. L. 43. §. 3. D. de furtis. Io. Lud.* CONRADI Reprehensor. in Observation. super iure civ. diversor. libr. sing. pag. 56. verwirft diese Verbesserung, und erklärt die Worte *vestem collocandam* von einem nöthigen Todenkleide, zum Unterschiede vom überflüßigen Prunk. Man sehe auch desselben Opuscula e iure civ. Tom. II. pag. 9. Allein durch alle diese Erklärungen ist der wahre Sinn nicht getroffen worden. Dieser wird nur dann richtig dargestellt, wenn man statt collocandam vielmehr *collocatum* lieset, welches denn unstreitig soviel als *impensum*, oder *erogatum est*, heißt, wie *Io. Bernh.* KOEHLER Interpretation. et Emendation. iuris Rom. Lib. II. cap. 10. §. 2. pag. 110. gezeigt hat.

L. 37. *pr.* *D. eodem.* Funeris sumtus accipitur, quidquid corporis causa, veluti unguentorum, erogatum est: et pretium loci, in quo defunctus humatus est: et si qua vectigalia sunt, vel sarcophagi [62]), et vectura; et quidquid corporis causa, antequam sepeliatur, consumtum est, funeris impensam esse existimo.

§. 1. *L.* 37. *eod.* Monumentum autem sepulchri id esse, Divus *Hadrianus* rescripsit, quod monumenti

62) *Sarcophagus* ist eigentlich eine Art von Stein, welcher die Kraft hat, in kurzer Zeit das Fleisch von den Körpern zu verzehren. Er wird *lapis assius* oder *asius* genennt. PLINIUS in *Histor. natur.* Lib. XXXVI. Cap. 27. sagt: In Asso Troadis *sarcophagus lapis* fissili vena scinditur. Corpora defunctorum condita in eo, absumi constat intra XL. diem, exceptis dentibus; und eben so ISIDORUS Origin. Lib. XVI. cap. 4. *Sarcophagus lapis* dictus eo, quod corpora eorum condita in eo intra quadraginta dies absumerentur. Σαρξ enim graece caro dicitur, φάγειν comedere. Nascitur autem in *Troade*, fissilique vena scinditur. Von diesem Steine pflegten die Römer ihre Särge zu verfertigen. Daher wird das Wort *Sarcophagus* für die arca lapidea, in qua mortuus condebatur, genommen. Diese Bedeutung ist auch hier in der *L.* 37. *h. t.* zum Grunde zu legen, wie aus *L.* 7. *D. h. t.* erhellet. S. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XXI. cap. 13. und *Io. van* NISPEN Diss. de sepulcro violato. Cap. IX. §. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iuridic. Belgicar.* Vol. II. Tom. III. pag. 43. sq.) In andern Stellen wird jedoch das Wort *Sarcophagus* auch für Sepulchrum gebraucht. *L.* 18. §. *ult. D. de aliment. legat.* NONIUS MARCELLUS Cap. I. §. 13. ISIDORUS Orig. Lib. XV. cap. 11. S. KIRCHMANN de funerib. Rom. Lib. III. cap. 10.

menti [63]), id est, causa muniendi eius loci factum sit in quo corpus impositum sit. Itaque si amplum qui aedi-

63) Statt *monumenti* will *Io.* WUNDERLICH in libro sing. de usu inscriptionum Rom. vet. maxime sepulchral. Observat. I. §. 8. lieber *munimenti* lesen. Er glaubt, der ganze Context erfordere diese Verbesserung. Allein nimmt man diese Leseart an, so erscheinen die Worte: id est causa muniendi eius loci als überflüssig, indem dadurch idem per idem erklärt wird. Es scheinen vielmehr die Worte: *monumenti, id est*, ein Glossema zu seyn. Bey Haloander fehlen auch wirklich diese Worte. Denn der Sinn des Kaisers geht dahin, zu bestimmen, was man eigentlich *Munimentum sepulchri* nenne, um zu wissen, in welchem Falle man die Kosten zu den Begräbnißkosten rechnen, und von der Vicesima hereditatum abziehen könne, oder nicht. Das Letztere lehrt die Inscription. Denn die *L. 37.* ist aus MACRI *libro ad Legem vicesimariam hereditatum* genommen. Dieses Gesetz erlaubte zuvörderst alle Begräbnißkosten von der Erbschaft abzuziehen, ehe dem kaiserlichen Fiscus die Vicesima bezahlt wurde. Es sollte also in dieser Stelle nicht sowohl gezeigt werden, was *Sepulchrum*, als vielmehr was *Munimentum Sepulchri* sey. Er sagt also, Munimentum sepulchri sey nur dasjenige zu nennen, was aufgeführt werde, um die Grabstätte zu verwahren und einzuschließen. Es erhellet hieraus, daß die Leseart *monumentum* irrig, und dafür *Munimentum sepulchri*, zu lesen sey, wie auch Haloander und, nach Brenkmanns Bemerkung in dem Gebauerschen Corp. iuris, einige andere Handschriften haben, zu denen ich auch noch unsern Erlanger Pandecten Codex rechnen kann. LEONINUS Emendat. Lib. III. cap. 10. PACIUS in nota marginali Edit. suae ad h. L. GUTHERIUS de iure manium Lib. II. cap. 30. u. VAN NISPEN cit. Diss. Cap. V. §. 2. sind gleicher Meinung. Man wird sich hiervon noch mehr überzeugen, wenn man erwägt, daß *Monumentum* nicht dasjenige heißt, quod muniendi loci causa fit, sondern quod memoriae servandae gratia existit, wie Ulpian sagt

L. 2.

edificari testator iusserit, veluti in circuitum porticationes, eos sumtus funeris causa non esse.

Nach diesen Stellen ist also zu den Leichenkosten

1) alles dasjenige zu rechnen, was auf die Bekleidung, Erhaltung [64]) und das Bewachen des todten Körpers, nicht minder auf die äussere Bekleidung und Verzierung der Leiche aufgewendet worden ist.

2) Was für den Sarg und dessen Zubehörung, ingleichen für die Grabstätte, Zubereitung und Verwahrung derselben bezahlt worden ist.

3) Das, was für das Führen oder Tragen der Leiche ausgegeben worden. Hat die Leiche erst von einem andern Orte hergebracht werden müssen, so gehört zu den Leichenkosten nicht nur, was der Transport gekostet hat, sondern auch das, was etwa dafür entrichtet wurde, daß die Leiche an dem Orte, wo der Verstorbene verblichen war, so lange aufbewahrt wurde, bis sie abgeholt werden konnte; ingleichen die Abgaben, welche bey dem Transport an Ort und Stelle an Wegegeldern oder sonst entrichtet werden mußten [65]).

Weiter

L. 2. §. 6. *D. h. t.* Man sehe auch *L.* 42. *D. h. t.* und FESTUS *de Verbor. Signif.* h. v. Nun gehörte in Ansehung der Vicesima hereditatum nur *munimentum sepulcri*, nicht aber *monumentum* zu den Begräbnißkosten. S. Bachs unpartheyische Critic über jurist. Schriften. 2. Band S. 133. ff.

64) Hierzu dienten die *Unguenta*, deren Macer *L.* 37. *pr. D. h. t.* Erwähnung thut. Man s. STRYK h. t. §. 60.

65) Die *L.* 37. *pr. h. t.* nennt ausdrücklich *Vectigalia*. Daß darunter ein Todtenzoll verstanden worden, welcher aber nachher

Weiter geht die Bestimmung des römischen Rechts nicht. Es können daher zu den privilegirten Leichenkosten die auf die Errichtung eines Denkmals oder Monuments verwandte Unkosten nicht gerechnet werden [66]). Sie giengen nicht einmal bey der Berechnung der Falcidie von der Erbmasse ab, weil man die Errichtung eines Monuments nicht für nöthig hielt [67]). Hatte auch der Erblasser solches befohlen, so sahe man doch die dazu bestimmte Summe als ein Legat an, das selbst der Falcidie unterworfen war [68]). Nach dem römischen Rechte können auch die Trauerkleider

her *L. ult. C. h. t.* wieder aufgehoben worden sey, ist schon oben S. 408. Not. 73. bemerkt worden. *Corn. van* BYNKERSHOEK in Quaestion. iuris public. Lib. II. cap. 22. ist zwar anderer Meinung. Er glaubt der Zoll habe nicht von der Leiche, sondern von den Pferden, die die Leiche führten, oder von dem Schiff, worauf die Leiche transportirt wurde, gegeben werden müssen. Allein seine Meinung widerlegt eine Stelle des DIO CASSIUS Lib. LXII. init. Man sehe auch *Herm.* CANNEGIETER Observation. iuris Rom. Lib. III. cap. 4. pag. 240.

66) S. *Iac.* GUTHERIUS de iure manium. Lib. III. cap. 21.

67) Sabinus und Marcellus waren zwar verschiedener Meinung. Ersterer wollte das Monument von der Erbmasse abgerechnet haben, wenn die Errichtung desselben nöthig gewesen. Marcellus hingegen verwarf den Abzug für das Monument aus dem Grunde, weil solches nie nöthig sey. Der letztern Meynung scheint Paulus *L. 1. §. ult. D. ad Leg. Falcid.* stillschweigend seinen Beyfall gegeben zu haben. Anderer Meinung ist jedoch VOORDA in Comm. ad Leg. Falcid. Cap. VIII. §. 13. pag. 170. sqq.

68) S. Westphals syst. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen §. 1221.

der Verwandten des Verstorbenen [69]) und die Kosten für das Trauermahl nicht zu den Leichenkosten gerechnet werden [70]), da selbst das römische Recht die Begräbnißkosten nicht ausgedehnt wissen will. Noch weniger aber läßt sich aus dem römischen Rechte erweisen, daß die Kosten der letzten Krankheit des Verstorbenen hierher gerechnet werden könnten, um mit der actione funeraria auf deren Ersatz zu klagen [71]).

Heutzutage kommt noch manches hinzu, was nach der heutigen Art, die Todten zu beerdigen, bey Leichenbegängnissen aufgewendet zu werden pflegt. Man hat hierbey vorzüglich auf die Sitten und Gebräuche des Orts zu sehen, wo die Leiche zur Erde bestattet wird, darnach muß beurtheilet werden, was bey einem Begräbniß Ehrenhalber, dem Stand des Verstorbenen gemäß, aufgewandt werden mußte.

69) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 68. KURRER Diss. de actione funerar. §. 38. und DABELOW vom Concurs der Gläub. S. 189.

70) S. Gottl. Aug. Jenichens histor. und rechtliche Abhandlung von Begräbniß-Mahlzeiten und den auf solche verwendeten Unkosten. Leipzig 1747. 4. §. 10. KURRER cit. Diss. §. 43.

71) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15. Anderer Meinung sind zwar LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. Lib. XLII. Tit. 5. §. 29. *H.* LAMPE Diss. de privilegiis et iuribus singularibus medicorum. Sect. I. cap. II. §. 22. und andere mehr. Allein die Gesetze, worauf man sich beruft, nämlich *L. 4. C. de petit. heredit.* und *L. 3. Cod. de relig.* beweisen diese Meinung nicht, wie WALCH in Diss. de privilegio medicorum creditorum in concursu. *Ienae 1774.* und besonders DABELOW vom Concurse der Gläub. Cap. XXI. S. 597 — 599. sehr einleuchtend dargethan haben.

mußte. Zu den Leichenkosten gehören heutiges Tages z. B. auch die Leichengebühren der Geistlichen sowohl, als anderer kirchlichen und weltlichen bey der Beerdigung nöthigen Personen; ferner der Aufwand für das Läuten der Glocken, nicht weniger für Flöre, Handschuhe und Citronen, welche nach der heutigen Sitte die Träger bey Leichenbegängnissen erhalten. Zweifelhaft aber ist es, ob nicht heut zu Tage auch dasjenige als ein Gegenstand der actio funeraria zu betrachten sey, was zu Trauerkleidern der Verwandten oder der Bedienten des Verstorbenen, desgleichen was auf das Trauermahl verwendet worden ist. Viele[72]) tragen kein Bedenken, beydes zu bejahen. Allein eben so viele[73]) läugnen dieses schlechterdings. Es kommt hierbey alles auf die Trauerordnung und die Gewohnheit eines jeden Orts, und dann auf die Vermögensumstände des Verstorbenen an[74]). Der bisherige Gerichtsgebrauch hat indessen fast überall dem Vorschuß für Trauerkleider und Trauer-

72) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 14. CARPZOV P. I. Constit. 28. Definit. 41. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXXIX. medit. 4. et Vol. VII. Specim. CCCCLXXXIV. de CRAMER Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 1011. LAUTERBACH Colleg. Pand. th. pr. h. t. §. 31. RICHTER de iure et privil. creditor. Cap. II. Membr. IV. §. 3. MÜLLER ad *Struv.* Synt. iur. civ. Exercit. XV. Th. 88. not. α. u. a. m.

73) BRUNNEMANN Comm. ad L. 14. §. 6. D. h. t. et in Praelect. de processu concursus creditor. Cap. V. §. 14. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 68. KÜRRER Diss. de actione funeraria. §. 38. et §. 43. Gmelin Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 3. S. 83. DABELOW a. a. O. S. 596. Kori System des Concurs-Prozesses Lib. II. Cap. II. §. 8. S. 184.

74) S. Jenichens Abh. von Begräbniß-Mahlzeiten §. 10.

rauermahl das Vorrecht der Leichenkosten beygelegt[75]). Vermöge eines allgemeinen Gerichtsgebrauchs in Deutschland, der durch eine Menge besonderer Landesgesetze unterstützt wird, genießen denn auch die Kosten der letzten Krankheit des Schuldners das nämliche Vorrecht beym Concurs[76]).

Daß übrigens derjenige, welcher auf den Ersatz der aufgewandten Leichenkosten klagt, diese Kosten specificiren, und gehörig bescheinigen müsse, versteht sich. Eine solche specifique Nachweisung ist schon darum nöthig, damit erhelle, daß kein überflüssiger Aufwand gemacht worden sey[77]). Sind diese Kosten sehr mäßig, und dabey wahrscheinlich, so wird der Gläubiger, in Ermangelung eines andern Beweises, zur eidlichen Bestärkung gelassen[78]).

Hat Jemand zur Leichenbestattung Geld dargeliehen, und er fordert solches zurück, so muß er, wenn er auf das

 Vor-

75) BERLICH Conclus. Pract. P. I. Concl. LXIV. nr. 88.—90. *a* PUFFENDORF Animadversion. iuris. Animadv. CVI. *Io. Guil.* HOFFMANN Selectar. quae ad usum fori spectant, Observation. Sylloge. Dissertat. I. Observat. II. Fried. von Bülow und Theod. Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. Band. Erört. 36. S. 221. ff. und Claproths Einleitung in die sämmtl. summar. Prozesse §. 392.

76) Claproth a. a. O. §. 339. Gmelins Ordnung der Gläubiger 2. Kap. §. 4. DABELOW vom Conc. der Gläubiger Cap. XXI. S. 599. folgg. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4037. Nr. II.

77) S. BOETTICHER Diss. de sumtibus pietatis Cap. XVII. nr. 17.

78) BRUNNEMANN Process. concursus creditor. Cap. V. §. 14. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4037. nr. III.

Vorzugsrecht der Leichenkosten beym Concurs Anspr machen will, nicht nur beweisen, daß er das Geld zur ehe namentlich dargeliehen habe, sondern auch, daß es zu wirklich verwendet worden sey. Kann das letztere ni bewiesen werden, so wird der Gläubiger an den verwiese dem er das Geld gegeben hat [79]). Sonst aber wird de Darleiher kein weiterer Beweis zugemuthet, wenn ih nur sonst kein übermäßiger Aufwand zum Vorwurf g macht werden kann [80]).

Noch entsteht die Frage, vor welchen Richter de Streit gehöre, welcher Begräbnißsachen zum Gegenstand hat. Man unterscheide. Der Streit betrifft entweder das Recht der Beerdigung selbst, oder den dabey gemach Kostenaufwand. In ersten Falle erkennt das Consistoriu in den letztern aber der weltliche Richter [81]). Bey de Römern war in solchen Sachen ehemals auch die Juris diction der aedilium curulium begründet [82]).

79) Gmelins Ordnung der Gläubiger. Kap. 2. §. 3. S. 81.

80) MEVIUS P. II. Decis. 225.

81) LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 34. Ist de Streit darüber, ob Jemand auf eine anständige Art zu begra ben sey, oder nicht, so behaupten viele, daß die Entscheidung vor das weltliche Gericht gehöre. S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. LUDOVICI Doctr. Pand. h. t. §. ult. Allein andere behaupten, daß auch hier die Entscheidung dem geistlichen Rich ter zukomme. CARPZOV Iurispr. Consistor. Lib. II. Def. 378. nr. 6 und *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 12.

82) S. PÜTTMANNI Meletemat. iuris civ. Specim. I. Cap. 3.

Lib. XI.

Lib. XI. Tit. VIII.

De mortuo inferendo et sepulchro aedificando.

§. 775.

Rechtsmittel gegen den, welcher einer rechtmäßigen Beerdigung, oder Errichtung eines Begräbnisses Hindernisse in den Weg legt.

Wer von einem Andern widerrechtlich verhindert wird, einen Todten an einem Orte zu begraben, wo er dazu befugt ist, kann sich eines doppelten Rechtsmittels bedienen. Er kann entweder possessorisch mit dem *Interdicto de mortuo inferendo* klagen, und das Gesuch dahin richten, dem Imploraten bey Strafe anzubefehlen, daß er sich aller Stöhrung und Thätlichkeit enthalte, und den Imploranten ungehindert die Beerdigung des Verstorbenen an dem bestimmten Orte vornehmen lasse; oder er kann petitorisch mit der *actione in factum* auf das Interesse klagen, wenn er durch die Verhinderung des Beklagten genöthiget worden ist, nun den Todten an einem andern Orte zu begraben, als wo die Beysetzung desselben geschehen sollte. Dieses Interesse begreifft unter andern den Werth der gekauften Grabstätte, oder das Geld für einen dazu gepachteten Platz in sich. Von beyden Rechtsmitteln handeln folgende Stellen.

L. 8. §. 5. *D. de religios.* Ei, qui prohibitus inferre in eum locum, quo ei ius inferendi esset, in *factum actio* competit, et *Interdictum*: etiam si non ipse prohibitus sit, sed procurator eius, quia intellectu aliquo ipse prohibitus videtur.

L. 9. *D. eodem.* Liberum est ei, qui prohibetur, mortuum ossave mortui inferre, aut statim *Interdicto* uti, quo prohibetur ei vis fieri: aut alio inferre, et postea *in factum agere*; per quam consequitur actor, quanti eius interfuerit, prohibitum non esse: in quam computationem cadit loci emti pretium, aut conducti mercedes; item sui loci pretium, quem quis, nisi coactus, religiosum facturus non esset.

Von der *actio in factum* bemerkt Cajus in derselben Stelle noch als etwas Besonderes, daß diese Klage nicht auf die Erben übergehe, übrigens aber in Ansehung der Partheyen selbst eine actio perpetua sey. Er sagt nämlich:

Unde miror, quare constare videatur, *neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem.* Nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur: certe perpetuo ea inter ipsos competit.

Die Sache an sich ist also ausser Zweifel, wie das Wort *constare* andeutet. Allein mit der Natur der Klage, welche doch bloß auf das Interesse geht, kann dieses Cajus nicht vereinigen. Cujaz [83]) weiß auch hiervon keinen hinreichenden Grund anzugeben. Eben so wenig Gerhard Noodt [84]). Sie berufen sich zu ihrer Entschuldigung auf

83) Observation. Lib. VIII. cap. 12.

84) Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. pag. 271.

auf Julians Ausspruch *L. 20. D. de Legibus*: Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest, wovon sie hier ein neues Beyspiel gefunden zu haben glauben. Anton Faber [85]) hingegen sieht diese Klage als eine Art von Injurienklage an, weil es eine Beschimpfung des Verstorbenen, und zugleich eine Beleidigung des Erben sey, wenn man eine rechtmäßig unternommene Beerdigung zu verhindern sucht. Es bleibt ihm aber doch noch immer ein unerklärbares Räthsel, warum die Klage blos auf das Interesse geht. Johann Voet [86]) glaubt nun aber, dies alles nach seiner Ansicht erklären zu können. Daß die actio in factum als eine Art der Injurienklage anzusehen sey, leide nach *L. ult. Cod. de sepulchro violato* keinen Zweifel. Da nun Injurien- und diesen ähnliche Klagen nach §. 1. *I. de perpetuis et temporal. actionib.* nicht auf die Erben gehen, so dürfe es uns auch nicht wundern, wenn das Nämliche von der *actione in factum de mortuo inferendo* gelte. Das die Klage auf das Interesse geht, schade nichts. Auch die actio sepulchri violati gehe nur auf das Interesse. Dieses werde aber nicht blos nach der Größe des Schadens, sondern auch nach der Größe der zugefügten Injurie bestimmt, wie Ulpian *L. 3. §. 8. D. de sepulcro violato* lehrt. In diese Idee stimmen die meisten [87]) ein. Nur Coccejus [88]) glaubt, daß das Gesetz ganz anders zu verstehen sey, als es von allen diesen Rechts-

 gelehr-

85) Rational. in Pandect. ad h. L. 9. Tom. II. pag. 574.

86) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 1.

87) S. *Iac.* GUTHERIUS de iure Man. Lib. III. cap. 16. und *Corn. van* ECK Disputat. III. de hereditariis actionib. Th. 8.

88) Iur. civ. controv. Lib. XI. Tit. 6. Qu. 3. in fin.

gelehrten erklärt worden ist. Cajus, sagt er, wundert sich, wie es Rechtsgelehrten geben könne, welche den Satz als eine ausgemachte Wahrheit aufstellen, daß die actio in factum de mortuo inferendo nicht auf die Erben gehe. Diese Meinung widerlege er dadurch, daß diese Klage eine actio rei persecutoria sey, und leite daraus die Folge ab, daß die Klage auch eine actio perpetua sey. Dies wäre ja falsch, wenn sie nicht auf die Erben gienge. Allein, wenn gleich auch schon Brunnemann[89]) und nach ihm Böhmer[90]) die L. 9. eben so erklärt haben, so kann ich doch dieser Meinung nicht beystimmen. Denn Erstens wird das Wort *constare*, welches Cajus gebraucht hat, von den römischen Rechtsgelehrten immer in dem Sinn genommen, daß dadurch dasjenige ausgedrückt werden soll, was allgemein bekannten Rechtens, und durch den Gerichtsgebrauch bestätiget war, wenn sie es auch gleich nach theoretischen Gründen nicht immer billigten[91]). Nie aber wird

89) Commentar. ad L. 9. D. de religios.

90) Doctr. de actionib. Sect. II. cap. IV. §. 67. wo er sagt: *Neque enim verba ultima cit. L. 9. negative intelligi possunt, cum potius ICtus aperte Dissentientes refutet.*

91) S. *Guil.* a TEISTERBANT dict. BILDERDYK Observation. et Emendation. Lib. un. (*Brunovici* 1806. 8.) Cap. VII. pag. 67. sagt: Verbum *constare* eo sensu accipiendum esse, ut et id, *quod manifesto receptum sit*, licet vel strictissimi iuris analogiae adversetur, comprehendat, dubium nullum est. *Constare* enim de eo, quod facti est, dicitur. Sic ULP. *L.* 5. §. 1. *D. quibus ex caus. in possess. eat.* Hinc *constare* pro *manifestari* dicitur *L.* 1. *pr. D. de obsequiis a lib. et libert praest.* *L.* 1. §. *fin. D. de Quaest.* §. 18. *I. de except.* Alias pro *certum* vel *pro comperto esse.* LIB. XXVII. 44. Sic *de iure recepto*, quod tamen non probat, CAJUS *L.* 9. *D. de religios.*

rd es in dem Sinn gebraucht, um die Meinung dissentender Rechtsgelehrten anzudeuten. Zweytens lehrt der ganze Zusammenhang, daß die Worte certe perpetuo ea*ter ipsos* competit, blos auf die Partheyen selbst, nämlich auf den prohibentem und prohibitum, gehen. Drittens hat Lauterbach [92]) sehr gründlich bemerkt, daß eine Klage an sich eine actio perpetua seyn könne, und doch nicht auf die Erben übergehe, wie z. B. die actio furti. Cujaz nimmt auch noch ein Argument aus den Basiliken her, in deren Libro 59. die *L.* 9. auf folgende Art ins Kurze gefaßt seyn soll: *Haec actio neque heredi neque in heredem datur, et perpetua est.* Allein in der Fabrotischen Ausgabe steht die *L.* 9. nicht. Es ist also wohl an sich keinem weitern Zweifel unterworfen, daß die *actio in factum de mortuo inferendo* nach der *L.* 9. *cit.* nicht auf die Erben gehe, wie auch Joh. Ortw. Westenberg [93]) ganz richtig behauptet; und man kann sich die Verwunderung des Cajus ganz leicht erklären, weil doch immer zwischen dieser Klage und der eigentlichen Injurienklage, ein großer Unterschied ist, wenn auch, wie man allerdings zu glauben Grund hat, der römische Gerichtsgebrauch eine Aehnlichkeit zwischen beyden Klagen gefunden haben sollte, wie dies alles Ulrich Huber [94]) zur Ehre des Cajus vortreflich ausgeführt hat.

Um jedoch wieder auf das *Interdictum de mortuo inferendo* zu kommen, so hat solches Ulpian *L.* 1. *pr.* und §. 1.

92) Colleg. theor. pract. Pandectar. Lib. XI. Tit. VII. §. 20. et 21.

93) Princip. iuris sec. ord. Digestor. h. t. §. 56.

94) Eunomia Roman. (*Franequerae* 1700. 4.) Lib. XI. ad h. L. 9. de relig. pag. 457. sqq.

§. 1—4. *D. b. t.* auf folgende Art ausgedrückt und erläutert:

Praetor ait: *Quo quave illi mortuum inferre invito te ius est, quominus illi eo eave mortuum inferre, et ibi sepelire liceat, vim fieri veto.*

§. 1. Qui inferendi mortuum ius habet, non prohibetur [95]) inferre. *Prohiberi* autem *inferre* videtur, sive in locum inferre prohibeatur, sive itinere arceatur.

§. 2. Hoc *interdicto de mortuo inferendo* dominus proprietatis uti potest: quod etiam de loco puro competit.

§. 3. Item si mihi in fundum via debeatur, in quem fundum inferre volo, et via prohibear, *hoc interdicto* posse me experiri, placuit: quia inferre prohibeor, qui via uti prohibeor: idque erit probandum, et si alia servitus debeatur.

§. 4. Hoc *Interdictum* prohibitorium esse palam est.

Nach diesen Stellen hat also das *Interdictum de mortuo inferendo* Statt, wenn Jemand auch nur verhindert wird, eine Leiche über eines Andern Grundstück zu führen, auf welchem ihm vermöge einer Servitut dazu das Recht zukommt [96]).

Noch ein anderes Interdict, wovon in diesem Titel gehandelt wird, findet in dem Falle Statt, wenn Jemand un-

95) i. e. *non debet prohiberi.* S. POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. II. not. a. pag. 345.

96) Man sehe noch von diesem Interdict *Iac.* GUTHERIUS de iure Man. Lib. III. cap. 14.

nrechtmäßig die Errichtung eines Grabmals verhindert. Dies ist das *Interdictum de sepulcro aedificando*, wovon Ulpian *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* die Worte auf folgende Art aufgezeichnet hat:

Praetor ait: *Quo illi ius est invito te mortuum inferre, quo minus illi in eo loco sepulcrum sine dolo malo aedificare liceat, vim fieri veto.*

Wenn Ulpian §. 6. hinzufügt: Interdictum propterea propositum est, *quia religionis interest*, monumenta exstrui et exornari, so dachte wohl dieser Römische Jurist, als Heide, unstreitig an die Sacra Deorum Manium, welche bey den Grabmälern jährlich angestellt wurden, und welche man *Inferiae* zu nennen pflegte. Deswegen wurden bey den Gräbern der heidnischen Römer Altäre erbauet, und Monumente errichtet, in welchen man die zum Opfern nöthigen Geräthschaften aufbewahrte[97]. Es war daher Sache der Religion, die Errichtung der Monumente nicht zu verhindern[98]; und Ulpian sagt in dieser Hinsicht *L. ead.* §. 7.

97) Von diesem cultu Deorum manium oder Inferiis haben GUTHERIUS de iure Manium Lib. II. cap. 11. KIRCHMANN de Funerib. Romanor. Lib. IV. cap. 2. und WUNDERLICH de Usu inscription. veter. Rom. maxime sepulchral. Obs. 3. §. 11. ausführlich gehandelt.

98) BOEHMER in Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 4. §. 68. not. u. sagt daher ganz richtig: RELIGIO haec, (cuius sc. meminit *Ulpian.*) erat *ille cultus gentilium, quem diis manibus exhibebant,* quos etiam adorabant. SENECA *Epist.* 86. Hic cultus desiderabat aras et monumenta, quae tandem tot infinita templa produxere, quot fere heroum sepulchra Romae erant. Haec ratio erat,

§. 7. Facere sepulchrum sive monumentum in loco, in quo ei ius est, nemo prohibetur; i.e. nemo prohiberi debet. Es gieng auch dies nicht blos auf Errichtung eines neuen, sondern auch auf die Reparatur oder Wiederherstellung eines baufälligen Monuments; wie Ulpian §. 9. *eod.* sagt: Aedificare autem non solum, qui novum opus molitur, intelligendus est, verum is quoque, qui vult reficere. Allein an diesen heidnischen Aberglauben konnte wohl Tribonian nicht mehr denken, welcher die Worte *religionis interest*, beybehielt. Die Beerdigung selbst wird aber doch auch nach dem heutigen Kirchenrechte immer noch als eine religiöse Handlung angesehen, und da die Gräber nach dem katholischen Kirchenrecht benedicirt werden, so läßt sich die Beybehaltung dieser Worte auch wohl noch jetzt vollkommen vertheidigen. Da indessen das *Interdictum de sepulcro aedificando* nur gegen den geht, welcher die Errichtung oder Ausbesserung eines Grabmals zu hindern sucht, so scheint der Grund, welchen Kaiser Gordian *L. 7. C. de religios.* anführt, nämlich: *cum iure suo eorum, quae minus probibita sunt, unicuique facultas libera non denegetur*, der Sache allerdings angemessener zu seyn. Das Gesuch wird übrigens darauf gerichtet, dem Imploraten bey Strafe anzubefehlen, daß er den Imploranten an der Errichtung oder Ausbesserung seiner Grabstätte nicht hindere.

Der heutige Gebrauch dieser Interdicte läßt sich mit Grund nicht bezweifeln, und es kommen selbige besonders bey Erb-

erat, quod monumentorum exstructio, tanquam res *pia* et *religiosa*, per interdicta celerrime expediri debuerit.

Erb- und Familienbegräbnissen zur Anwendung [99]). Kommt es auf ein gegenwärtiges Begräbniß an, wo die Sache keinen Aufschub leidet, so finden heutzutage auch Mandata sine clausula Statt [100]).

99) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 1. und *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 1.

100) S. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 4. §. 66. und *de* COCCEJI c. l. Qu. 1. in fin.

---

§. 7. Facere sepulchrum sive monumentum in loco, in quo ei ius est, nemo prohibetur; i.e. nemo prohiberi debet. Es gieng auch dies nicht blos auf Errichtung eines neuen, sondern auch auf die Reparatur oder Wiederherstellung eines baufälligen Monuments; wie Ulpian §. 9. *eod.* sagt: Aedificare autem non solum, qui novum opus molitur, intelligendus est, verum is quoque, qui vult reficere. Allein an diesen heidnischen Aberglauben konnte wohl Tribonian nicht mehr denken, welcher die Worte *religionis interest*, beybehielt. Die Beerdigung selbst wird aber doch auch nach dem heutigen Kirchenrechte immer noch als eine religiöse Handlung angesehen, und da die Gräber nach dem katholischen Kirchenrecht benedicirt werden, so läßt sich die Beybehaltung dieser Worte auch wohl noch jetzt vollkommen vertheidigen. Da indessen das *Interdictum de sepulcro aedificando* nur gegen den geht, welcher die Errichtung oder Ausbesserung eines Grabmals zu hindern sucht, so scheint der Grund, welchen Kaiser Gordian *L. 7. C. de religios.* anführt, nämlich: *cum iure suo eorum, quae minus probibita sunt, unicuique facultas libera non denegetur*, der Sache allerdings angemessener zu seyn. Das Gesuch wird übrigens darauf gerichtet, dem Imploraten bey Strafe anzubefehlen, daß er den Imploranten an der Errichtung oder Ausbesserung seiner Grabstätte nicht hindere.

Der heutige Gebrauch dieser Interdicte läßt sich mit Grund nicht bezweifeln, und es kommen selbige besonders bey

Erb-

erat, quod monumentorum exstructio, tanquam res *pia* et *religiosa*, per interdicta celerrime expediri debuerit.

= und Familienbegräbnissen zur Anwendung [99]). Kommt auf ein gegenwärtiges Begräbniß an, wo die Sache en Aufschub leidet, so finden heutzutage auch Mandata : clausula Statt [100]).

) Stryk Us. mod. Pand. h. t. §. 1. und de cocceji Ius civ. controv. h. t. Qu. 1.

0) S. boehmer Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 4. §. 66. und de cocceji c. l. Qu. 1. in fin.

Lib. XII. Tit. I.

De rebus creditis, si certum petatur, et de condictione.

§. 776.

Erklärung der Rubrik dieses Titels.

In dem dritten Theile der Pandecten, welcher mit dem 12. Buche angehet, wird hauptsächlich von den verschiedenen Contracten und den daraus entspringenden Klagen gehandelt. Der Anfang wird mit den benannten Realcontracten gemacht, jedoch so, daß sie in keiner Ordnung auf einander folgen, sondern immer dabey andere Lehren mit eingemischt werden. In diesem Titel wird unter der Aufschrift *de rebus creditis* hauptsächlich vom Darlehn gehandelt. Allein in dem Edicto perpetuo wurde, wie Ulpian selbst L. 1. *h. t.* bemerkt, unter dieser allgemeinen Rubrik nicht blos von *mutuo*, sondern auch von den übrigen Realcontracten gehandelt, in welchen wir uns auf die Treue eines Andern verlassen müssen, z. E. vom commodato und pignore. Es ist daher nöthig, den Sinn der Rubrik zuvörderst etwas genauer zu erklären.

Das Wort *credere*, welches hier gebraucht wird, heißt in der allgemeinen Bedeutung so viel, als alienam fidem sequi, also zu Jemandem das Zutrauen haben, er werde ge-

gt seyn, eine übernommene Verbindlichkeit zu erfüllen. dieser Bedeutung wird daher auch das Wort *credere* commodato, deposito und pignore gebraucht. Nam unque rei adsentiamur, alienam fidem secuti, mox pturi quid ex hoc contractu, *credere* dicimur, sagt ian *L.* 1. *cit. h. t.* Daher wird auch das Wort *res* dem Prätor nicht blos von fungiblen Sachen gebraucht, che den Gegenstand des Darlehns ausmachen, sondern wird in dem Edict im generellen Sinn genommen, so ß es auch auf die übrigen Realcontracte paßt, von den der Prätor unter der Aufschrift *de rebus creditis* gendelt hat. Zu dem Ende fügt Ulpian seiner Erklätng von dem Wort *credere* noch hinzu: *Rei* quoque erbum, ut generale, Praetor elegit. Denn das Wort s hat eine ausgedehntere Bedeutung als *pecunia*, wie Paulus lehrt, wenn er *L.* 5. *D. de Verb. Signif.* sagt REI appellatio latior est, quam PECUNIAE, quae etiam ea, *quae extra computationem patrimonii nostri sunt*, continet: cum *pecuniae* significatio ad ea referatur, quae in patrimonio sunt. In einer engern Bedeutung hingegen heißt *credere* soviel, als mutuo dare, darleihen, so wie es auch *L.* 1. *pr. L.* 3. §. *ult.* und *L.* 5. *D. ad SCtum Macedon. L.* 4. *pr. D. de reb. credit.* gebraucht wird. Ob nun gleich in diesem Titel der Pandecten hauptsächlich vom Darlehn, von den übrigen Realcontracten aber, nämlich dem commodato, deposito, und pignore, in andern besondern Titeln gehandelt wird; so muß dennoch bey Erklärung der Ueberschrift dieses Titels die generelle Bedeutung von dem Worte *credere* zum Grunde gelegt werden. Es erhellet dies unter andern vorzüglich aus *L.* 2. §. 3. *D. h. t.* wo Paulus sagt: *Creditum* ergo a *mutuo* dif-

differt, qua genus a specie: nam *creditum* consisti: extra eas res, quas pondere, numero, mensura co[n]tinentur: sicut, si eandem rem recepturi sumus, cr[e]ditum est.

Eben dies beweisen auch die Basiliken [2]), i[n] welchen es gleich im Anfange dieses Titels heißt: Πε[ρὶ] *διαφόρων συναλλαγμάτων ὁ παρὼν διαλαμβάνων τίτλος ἐπι-γέγραπται, περὶ πραγμάτων χρεωστουμένων. κα[ὶ] τὸ πρᾶγμα γὰρ γενικόν ἐστι, καὶ χρεωστούμενον λέγε-ται τὸ ἐξ οἱουδήποτε χρεωστούμενον συναλλάγματος.* i. e. *Hi[c] titulus, in quo de variis contractibus agitur, inscribitur, de rebus creditis: est enim rei verbum generale, et creditum dicitur, quod ex quocunque contractu debetur.* Anton Contius [3]), Wilh. Barclajus [4]) und Emund Merillius [5]) haben daher nicht unrecht, wenn sie die-sen Titel noch jetzt für einen generellen Titel halten, und die Worte *de rebus creditis* von allen den Contracten er-klären, welche wir mit einem andern in dem Vertrauen schließen, er werde zu seiner Zeit das Empfangene entwe-der in Natur zurückgeben, oder in derselben Art und Güte wieder erstatten.

Die

1) Hier ist das Wort *etiam* zu verstehen, wie POTHIER in Pand. Iust. h. t. Nr. XIX. not. l. bemerkt. Haloander hat es auch eingeschaltet.

2) Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. Const. 1. pag. 219.

3) Disputat. iuris civ. Lib. I. cap. 4.

4) Commentar. ad h. Tit. Pand. (in *Ev.* OTTONIS Thes. iur. Rom. Tom. III. pag. 806.)

5) Comm. ad h. Titul. bey OTTO c. l. pag. 655.

Die folgenden Worte: *Si certum petatur, et de condictione*, werden auf verschiedene Art erklärt. Gerhard Noodt [6]) hält sie für die Anfangsworte des prätorischen Edicts, welches er auf folgende Art restituirt: *Si certum petatur rerum creditarum nomine, condictionem dabo.* Mit ihm stimmt auch Barclajus [7]) überein, welcher den Sinn durch eine Versetzung der Worte auf folgende Art bestimmt: *Et de condictione si certum petatur.* Es werde also hierdurch angezeigt, daß in diesem Titel auch von der condictione certi, quae competit ex omni causa et obligatione, ex qua certum petitur, wie es in der *L.* 9. heißt, jedoch insonderheit vom Darlehn, und der daraus entspringenden Klage gehandelt werde. Janus a Costa [8]) und Joh. Göddäus [9]) hingegen erklären die Worte: *Si certum petatur*, de mutuo; und die letztern Worte *et de condictione* verstehen sie de omni condictione, ex qua certum petitur sive ex mutuo, sive ex alia quacunque causa et obligatione. Diese Erklärung, welche auch Merillius [10]) annimmt, bestätigt besonders *L.* 9. *D. h. t.* wo Ulpian sagt; *Certi condictio* competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur: sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo prae-

6) Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 275.

7) Cit. loc. pag. 806.

8) Praelection. ad illustriores quosd. Titulos locaque selecta iuris civ. pag. 178.

9) Commentar. de rebus creditis, sive de mutuo. *Goslariae 1618.* 8. Prolegom. nr. 48. et 49. pag. 17.

10) Cit. loc. in *Thesaur. Ottonian.* Tom. III. pag. 655.

praesens sit obligatio. Es geschieht auch hin und w in den Gesetzen dieses Titels der verschiedenen Arten Condictionen Erwähnung, als *L.* 4. §. 1. *D. h. t.* condictio ob iniustam causam, *L.* 9. §. 1. *D.* ea der condictio ex causa furtiva, und *L.* 22. *D. eodem.* condictio triticaria.

§. 777.

Begriff vom Darlehn. Unterschied desselben vom *Credit*

Von den Realcontracten ist nun das Darlehn *Mutuum*, der erste, von welchem hier zu handeln ist.

wi

11) Ausser MERILLIUS, BARCLAIUS, GOEDDAEUS und *Iann.* COSTA, welche bereits angeführt worden, sind noch folgende Schriften hier vorzüglich zu bemerken. *Iacobi* CUJACII Recitationes solemnes ad Tit. Pand. de rebus creditis; in *Eius Operib. postum.* Tomi IV. P. I. (*Paris. 1658. f.*) pag. 654 sqq. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Tractat. synopt. de mutuo, litterarum obligatione, et querela non numeratae pecuniae. *Tubingae 1663.* *Io. Pet. de* LUDEWIG Differentiae iuris Rom. et Germ. in mutuo. *Halae 1715.* 4. *Sac. Herm. ab* IDSINGA Disput. de mutuo et veteri litterarum obligatione, praes. *Abrah.* WIELING, *Franequerae 1736.* habita. (in Ger. OELRICHS *Thes. novo Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. Nr. 2.) *Theodor. Lambert.* PRINS Specim. iurid. de iis, quae sunt singularia in mutuo. *Lugduni Batavor. 1785.* 4. In den Pandectes françaices, par RIFFÉ - CAUBRAY et DELAPORTE Tom. XIV. wird auch pag. 70. le Traité du Pret de consomption par M. POTHIER angeführt, den ich aber nicht kenne. Als practische Schriftsteller sind noch vorzüglich zu empfehlen *Io. Frid.* KOST Commentatio iur. praes. german. de pecunia mutuaticia tuto collocanda. *Goettingae 1761.* 4. und Christ. Gottl. Gmelin von Aufsätzen über Verträge überhaupt, von Schuld- und Pfandverschreibungen insbesondere. Tübingen 1790. 8.

...d darunter derjenige Realcontract verstanden, wodurch
...s Eigenthum an einer bestimmten Art von Sachen, wel-
... sich von andern ihrer Art nur durch ihre Quantität un-
...scheiden, auf den Andern unter der Bedingung übertragen
...rd, daß er dereinst das Empfangene in gleicher Qualität
...d Quantität wieder erstatten solle. Die Personen, wel-
...e den Contract schließen, sind der Darleiher, *mutuo*
...ns (nicht *mutuans*); und der Darlehnsempfänger
...der Darlehnnehmer, *mutuans*, (nicht *mutuatarius*) [12]).
...ener wird auch der Gläubiger, (*creditor*) dieser aber
...er Schuldner (*debitor*) genennt. In den Gesetzen wird
...as Darlehn auf folgende Art definirt. *Mutui datio*,
...agt Justinian in *Princip. I. Quibus mod. re contrah.*
...bligat, in iis rebus consistit, quae pondere, numero,
...mensurave constant: veluti vino, oleo, frumento,
...ecunia numerata, aere, argento, auro: quas res aut
...umerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc da-
mus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non
eaedem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis red-
dantur [13]): unde etiam *mutuum* appellatum sit; quia

 ita

12) Denn *mutuare* oder *mutuari* heißt im ächt lateinischen Sinn nicht ein Darlehn geben, sondern ein Darlehn empfangen. S. *Car. Ant.* DUCKER de Latinitate ICtor. veterum. pag. 344. not. 5. und Hugo Lehrbuch der Pandecten §. 149.

13) Statt *quandoque* lesen zwar die Russardische, Charondaische und Gothofredischen Ausgaben *quoniam*. Allein daß quandoque gelesen werden müsse, haben *Ant.* AUGUSTINUS Lib. III. Emendation. c. 7. u. *Ios.* NERIUS Analector. Lib. I. c. 21. gezeigt. Diese Leseart findet man auch in der Ausgabe des Hugo a Porta, und des Baudoza Cestius.

In

ita a me tibi datur, *ut ex meo tuum fiat* [14]). Vergleicht man mit diesem Begriff den meinigen, so werden beyde in

In den meisten Ausgaben geht auch mit den Worten *et quandoque* eine neue Periode an, und fast alle lesen *reddantur*. Allein schon Russard hat in seiner Ausgabe der Institutionen (*Lugduni* 1560. f.) ad pr. I. Quib. mod. re contr. obl. not. v. pag. 598. bemerkt: hic ita esse interpungendum: *fiant*, et *quandoque — reddantur*; und diese Leseart und Interpunction kann ich durch eine seltene Ausgabe, welche *Venetiis per* BAPTISTAM DE TORTIS MCCCCLXXXXV. fol. erschienen ist, und die ich selbst besitze, bestärken, aus welcher ich die oben angeführte Stelle, so wie sie dort lautet, genommen habe. Eben diese Leseart billiget auch vorzüglich *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. ad *Caji* Institut. Lib. II. Tit. 9. §. 1. not. 17. und erweißt deren Richtigkeit noch besonders aus den Institutionen des Cajus, wo es heißt: *Quae omnia numerando, aut pensando, aut metiendo ad hoc damus, ut eorum fiant, qui ea accipiunt, et ad nos, statuto tempore, non ipsae res, sed aliae eius naturae, quales datae sunt, atque ipsius ponderis, numeri vel mensurae reddantur.*

14) Eben diese Etymologie findet man *L.* 2. §. 2. *D. h. t. Hug.* GROTIUS in Florum spars. ad ius Iustinian. cit. Tit. Instit. p. 63. giebt dieser Derivation vollen Beyfall. Andere hingegen leiten das Wort mutuum nach VARRO de Lingua Lat. Lib. IV. von μοῖτον her, z. B. OISELIUS ad Cajum Lib. II. Institut. Tit. 9. Not. 23. in SCHULTINGII Iurispr. Antej. pag. 149. und SALMASIUS de Usuris pag. 35. Es bemerkt jedoch GROTIUS a. a. O. daß auch das Wort μοῖτον aus μοι und τεὸν zusammengesetzt sey. Dem grossen Cujaz hingegen gefällt keine von beyden Derivationen; sondern er will Observation. Lib. XI. cap. 37. das Wort *mutuum* lieber von mutare ableiten, weil im Darlehn eine Quantität gleichsam mit der andern vertauscht wird. Ihm stimmen VIGLIUS ZUICHEMUS in Praelect. ad L. 2. D. de reb. cred.

n den wesentlichen Bestimmungen wohl nicht unterschieden seyn. Cujaz [15]) sagt hingegen: *Mutuum* est creditum quantitatis, datae ea lege, ut eadem ipsa quantitas reddatur in genere non in specie eadem. Allein wenn gleich Paulus [16]) lehrt: das *Creditum* sey vom *mutuo* unterschieden, wie genus a specie; so hat doch schon Hödäus [17]) gegen diesen Begriff nicht ohne Grund erinnert, daß das *Creditum* ein gar zu entferntes genus sey. Denn *Creditum* heißt überhaupt quodcunque ex qualibet causa debetur, wie Cajus sagt *L.* 11. *D. de Verb. Sign.*, es rühre aus einem Contract oder aus einem andern rechtlichen Grunde her [18]). Es ist daher zwischen *Creditum* und *mutuum* ein vielfacher wichtiger Unterschied, auf den uns Paulus selbst *L.* 2. §. 3. et 4. *D. h. t.* aufmerksam macht. Nämlich

1) das Darlehn besteht blos in solchen Sachen, deren Werth durch Zahl, Maaß und Gewicht bestimmt wird,

G g 3 und

cred. nr. 84. TURNEBUS in Adversar. Lib. X. cap. 25. VOSSIUS in Etymologico v. *Mutuum.* IDSINGA cit. Diss. Cap. III. §. 4. u. m. a. bey. Von allen weicht *Aegid.* MENAGIUS Amoenitat. iuris civ. Cap. 39. ab. Er sucht sehr sinnreich beyde letztere Meynungen auf folgende Art zu vereinigen. Von dem Substantiv μοῖτον, sagt er, welches soviel als Χάρις ἀμοιβός heißt, kommt das Wort μοιτᾶν; und davon das Lateinische *mutare* her, wovon denn das Wort *mutuum* zu derivīren sey.

15) Cit. Recitat. ad L. 2. D. h. t. pag. 658.

16) *L.* 2. §. 3. *D. h. t.*

17) Commentar. de rebus creditis. Cap. I. nr. 13. pag. 43.

18) Ueber die Vieldeutigkeit des Worts *Creditum* vergleiche man LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 4.

und welche sich durch andere Sachen von der nämlichen Gattung, Güte und Quantität dergestalt ersetzen lassen, daß die eine die Stelle der andern vollkommen vertreten kann. Von dieser Art sind z. B. Geld, Getraide, Wein. u. dgl. Andere Sachen können darum kein Gegenstand des Darlehns seyn, weil man dem Gläubiger nicht, statt des schuldigen Objects, etwas anders wider seinen Willen aufdringen kann. Hingegen ein *Creditum* kann in allen Arten von Sachen bestehen, sie mögen Quantitäten oder Species seyn. Hier kann also auch das gegebene Individuum zurückgefordert werden. Allein nie im Darlehn [19]. **Paulus** giebt diesen Unterschied *L.* 2. §. 1. et 2. *D. h. t.* folgendermaßen an: *Mutui datio* consistit in his rebus, *quae pondere, numero, mensura consistunt*: quoniam eorum datione possumus in creditum ire [20], *quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie* [21]. Nam in caete-

ris

19) *L.* 2. *pr. D. h. t.* Mutuum damus, recepturi non *eandem speciem*, quam dedimus, (alioquin commodatum erit, aut depositum) sed *idem genus*.

20) Die Worte *in creditum ire* sind hier in der engern Bedeutung zu nehmen für *mutuum contrahere*. S. *Franc.* DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 14. IDSINGA cit. Diss. Cap. III. §. 9. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Nr. XIX. not. b. Eine andere Erklärung macht *Desid.* HERALDUS Observation. et Emendation. Lib. cap. 15. (In *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 1327. sq.)

21) Das heißt, deren Wiederbezahlung nicht durch das Individuum, welches der Schuldner zum Darlehn empfieng, sondern vielmehr durch andere Sachen von derselben Art und Güte geleistet wird. Die bey dieser Stelle von SALMASIUS, GOTHOFREDUS, BYNCKERSHOEK und IDSINGA versuchten Emendationen

über-

ris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest. — *Creditum* autem consistit etiam extra eas res, quae pondere, numero, mensura continentur: sicut, si eandem rem recepturi sumus, *creditum* est. Theophilus giebt in seiner griechischen Paraphrase[22]) noch einen andern Grund an, warum das Darlehn blos in fungiblen Sachen bestehen könne. Er sagt nämlich: ἕκαστος γὰρ δανείζεται ... ἐπὶ

übergehe ich mit Stillschweigen, da sie ganz unnöthig sind, und bey allen im Wesentlichen derselbe Sinn herauskommt. Ich beziehe mich vielmehr der Kürze wegen auf *Aug. Frid.* SCHOTT Prolusio, qua res, quae functionem recipiunt, definiuntur; in EIUS *Opuscul. iurid.* pag. 212. sqq. und VINNII Commentar. ad princ. I. Quib. mod. re contrah. obligatio. nr. 3. et 4. Man sehe auch, was hiervon schon bey einer andern Gelegenheit im 2. Bd. dieses Commentars §. 172. S. 154. f. Not. 52. gesagt worden ist. Höpfner im Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 765. Not. 1. glaubt, durch die Einschiebung der Partikel tam werde die Stelle ziemlich deutlich. Andere schalten potius oder magis ein. Daß *quam* öfters in den römischen Classikern für potius oder magis, quam gebraucht wird, haben *Ant.* AUGUSTINUS Emendat. Lib. IV. cap. 8. KIRCHMAIER in Opuscul. de Latinitate Digestor. pag. 67. et pag. 74. und PRINS cit. Diss. Cap. I. §. 3. aus mehreren Beyspielen erwiesen, und *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Dec. XXXV. §. 2. macht hierbey die Bemerkung, daß das *magis* hier nicht comparative, sondern δεικτικῶς für tantum zu erklären sey, wie es auch im *§. 1. I. Quib. mod. re contrab. obligat.* und *L. 1. D. Comm. divid.* gebraucht wird. Man sehe auch CUJACIUS Observat. Lib. II. cap. 39. und *Franc.* CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. VII. cap. 1. fol. 446. b. sq.

22) *Paraphr. Graec. Institut.* Lib. III. Tit. 14. Pr. Tom. II. p. 617. edit. *Reitz.*

ἐπὶ τῷ ταῦτα δαπανῆσαι εἰς οἰκείας χρείας, καὶ ἀντὶ αὐτῶν ἕτερα ἀποδοῦναι· εἰ δὲ αὐτὰ ἀναγκάζεται ἀποκαθιστᾶν, περιττὸν τὸ δανείζεσθαι, i. e. *Mutuo enim unusquisque accipit, ut id in usus suos impendat, at pro eo aliud reddat. Si vero idem cogitur restituere, supervacuum est mutuari.*

2) Das Darlehn erlangt erst durch die Uebergabe seine Existenz. Eine bloße Zusage ist nicht hinreichend. Denn es ist ein Realcontract. Allein ein *Creditum* kann auch durch ein bloßes Versprechen entstehen. Paulus sagt *L.* 2. §. 3. *D. h. t.* Item *mutuum* non potest esse, nisi proficiscatur pecunia [23]). *Creditum* autem interdum, etiamsi nihil proficiscatur, veluti si post nuptias [24]) dos promittatur.

Ein

23) i. e. nisi pecunia, seu res mutuaticia transferatur in accipientem. S. BARCLAIUS in Comm. ad h. L. 2. §. 3. D. h. t. (bey OTTO Tom. III. pag. 817.) *Ios. Casp.* KIRCHMAIER in Opuscul. de Latinitate Digestor. et Institution. (cum praef. *Ge. Sam.* MADIHN *Halae* 1772. 8.) pag. 91. und *Christ. Henr.* ECKHARD in Hermeneut. iur. Lib. I. §. 101. zählen den Ausdruck *pecunia proficiscitur* unter die juristischen Eleganzien. In den *Basilicis* Tom. III. Lib. XXIII. Tit. 1. pag. 220. heißt es: *καὶ τὸ μὲν δάνειον ἔχει δόσιν, τὸ δὲ χρέος κἂν μηδὲ δοθῇ, συνίσταται.* i. e. *et mutuum quidem dationem habet: creditum autem, etiamsi nihil detur, consistit.*

24) sc. *contractas*, non per divortium dissolutas. Die Worte *post nuptias* sind darum beygefügt, weil das vor Schließung der Ehe geschehne Versprechen eines Heyrathsguts anders nicht von Wirkung ist, als wenn die Ehe wirklich erfolgt. S. CUJACII Recitat. ad §. *Creditum* Legis 2. D. h. t. Tom. IV. Oper. pag. 666. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Nr. XIX. not. c.

Ein *Creditum* kann auch durch eine verborum obligatio contrahirt werden, aber kein *mutuum*, wie ebenfalls Paulus *L. cit.* §. 5. *eodem* noch bemerkt, wenn er sagt: Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione.

3) Ein Darlehn kann nur derjenige geben, welcher Eigenthümer der Sache ist, oder es mit Einwilligung des Eigenthümers thut. Ein *Creditum* hingegen kann auch von einem Nichteigenthümer contrahirt werden, wenn er z. B. Jemandem eine fremde Sache leihet, verpfändet oder deponirt. Auch diesen Unterschied bemerkt Paulus, wenn er *L.* 2. §. 4. *D. h. t.* sagt: In mutui datione oportet *dominum esse dantem*, nec obest, quod filiusfamilias et servus, dantes peculiares nummos, obligant: id enim tale est, quale, si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint.

4) Im Darlehn wird die Sache in der Absicht gegeben, daß der Empfänger Eigenthümer der dargeliehenen körperlichen Sache werden soll. Allein ein *Creditum* kann auch ohne diese Absicht contrahirt werden. Ein Mutuum hingegen ist ungültig, in welchem das Eigenthum nicht auf den Empfänger übertragen wird. Paulus sucht dieses sogar aus dem Namen *mutuum* abzuleiten, wenn er *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* sagt: Appellata est autem *mutui datio* ab eo, *quod de meo tuum fit*: et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio; und Cajus sagt eben dieses ganz deutlich *L.* 1. §. 1. *D. de obligat. et actionib.* wo es heißt: *Mutui datio* consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant: veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata: *quas res in hoc damus, ut fiant accipien-*

pientis, postea alias recepturi eiusdem generis et qualitatis. Diesen Zeugnissen verdient noch die Stelle aus des Theophilus griechischen Paraphrase der Institutionen [25]) beygefügt zu werden, wo er sagt: Δάνειον δέ ἐςι, τὸ τὸν λαβόντα γενέσθαι δεσπότην, εἶναι δὲ ἡμῖν ἔνοχον οὐκ εἰς αὐτὰ ταῦτα, ἀλλ᾽ εἰς ἕτερα τῆς αὐτῆς ὑποςάσεως καὶ ποσότητος. i. e. MUTUUM *autem est, ut accipiens fiat dominus, sed nobis obligatus sit non in eadem illa, sed in alia eiusdem substantiae et quantitatis re.* Endlich

5) im Darlehn ist der Schuldner verbunden, das Empfangene in der nämlichen Gattung, Güte und Quantität dereinst wieder zurückzuzahlen. Paulus sagt *L.* 3. *D. h. t.* In mutuo id agi intelligitur, *ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit.* Es ist daher kein Darlehn, wenn ausgemacht worden, daß eine Sache von ganz anderer Art z. B. statt Korns, Wein wiedergegeben werden solle. Ein solches *Creditum* würde vielmehr ein contractus innominatus seyn [26]). Paulus hat dies ebenfalls in der oben gedachten Stelle bemerkt, wenn er *L.* 2. *pr. D. h. t.* sagt: Si *aliud genus*, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, *non erit mutuum.*

§. 778.

Gegenstand des Darlehns.

Um den Gegenstand des Darlehns zu bezeichnen, sagt man gewöhnlich, das Darlehn bestehe in solchen Sachen, die

25) *Paraphras. graec. Institut.* Lib. III. Tit. 14. Pr. Tom. II. pag. 616. der Reitz. Ausgabe.

26) *L. ult. D. de praescript. verb.* S. *Ios.* AVERANII Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 12. nr. 7. und *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 274.

die durch Maas, Zahl und Gewicht bestimmt werden [27]). Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß auch in den Gesetzen [28]) gesagt wird: *Mutui dationem* in iis rebus consistere, *quae pondere, numero, mensurave constant*. Allein man irrt, wenn man glaubt, daß hierin der wesentliche Charakter derjenigen Sachen bestehe, die den Gegenstand des Darlehns ausmachen. Denn sonst würde daraus folgen, daß auch Aecker, welche, wie Paulus [29]) sagt, durch Maas bestimmt, und darnach verkauft werden können, ein Object des Darlehns seyn könnten, welches doch offenbar ungereimt seyn würde. Es konnte auch gar nicht die Meinung der Gesetze seyn, nach solchen äußerlichen und zufälligen Umständen, dergleichen die Art ist, wie man Sachen in gemeinem Verkehr zu behandeln pflegt, den Begriff von einer Art Sachen zu bestimmen, der auf das Geschäft selbst, dessen Gegenstand sie ausmachen, einen so wichtigen Einfluß hat. Es erhellet vielmehr theils aus den in den angezeigten Gesetzstellen enthaltenen Beyspielen von Sachen, worin ein Darlehn gegeben werden kann, theils aus der näheren Bestimmung, welche Paulus *L.* 2. §. 1. *D. h. t.* angiebt, res, *quae magis in suo genere functionem recipiunt per solutionem*, quam in specie, daß der wesentliche Charakter derjenigen Sachen, welche den Gegenstand des Darlehns ausmachen, darin besteht, daß sie durch andere Sachen von derselben

Art

27) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1864. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 466. *Hufeland* Lehrbuch des Civilrechts §. 547.

28) *Pr. I. Quib. mod. re contrah. obligat. L.* 2. §. 1. *D. de reb. cred. L.* 1. §. 2. *D. de obligat. et act.*

29) *L.* 40. §. 2. *D. de contrab. emt.*

Art, Güte und Quantität ersetzt werden können und sollen und daher so beschaffen sind, daß eine die Stelle der andern vollkommen vertreten kann, ohne daß daraus dem Gläubiger irgend ein Nachtheil erwächst. Man nennt diese Sachen fungible Sachen, weil die römischen Rechtsgelehrten den Ausdruck *fungi* oder *functionem recipere* gebrauchen [30]). Man kann sie im Deutschen mit Zachariä [31]) vertretbare Sachen nennen. Richtiger wird man also den Gegenstand des Darlehns bezeichnen, wenn man sagt: *Mutui datio* in iis rebus consistit, quae ita comparatae sunt, ut aliae aliarum vice fungantur, atque tantundem ex eodem genere nobis in relatione ad patrimonium nostrum idem sit [32]). Gewöhnlich besteht nun das Darlehn im Gelde, doch können auch verbrauchbare Naturalien, als Wein, Getraide, Brod, Butter, Holz, Leinwand, u. dgl. ja auch nicht verzehrbare Sachen, z. B. eine Quantität Schmelz, Corallen, oder Exemplare

30) Das Wort *fungi* heißt eigentlich soviel als vicem aliquam sustinere, oder locum subire s. implere, und wird sowohl von Personen als Sachen gebraucht. *Functionem recipere* ist eben das, was Paulus *L. 6. D. h. t.* durch *mutua vice fungi, et tantundem praestare* ausdrückt. Papinian sagt *permutationem recipere. L. 51. D. de legat. I.* S. *Iac.* GOTHOFREDI Diss. de functione et aequalitate in mutuo. und BRISSONIUS de Verbor. Significat. voc. *Functio* et *Fungi*.

31) Handbuch des französischen Civilrechts. 1. Band §. 217.

32) S. VINNIUS in Commentar. ad princ. Instit. Quibus mod. re contrah. obligat. nr. 2. et 3. SCHOTT Prolus. qua res, quae functionem recipiunt, definiuntur. in *Opusc.* pag. 212. sqq. und *Ge. Steph.* WIESAND Opuscula iurid. Specim. X. Obs. 2. pag. 127. sqq.

are von abgedruckten Büchern [33]), kurz alle Sachen ein Gegenstand des Darlehns seyn, welche so beschaffen sind, daß es in der Regel völlig einerley ist, ob man gerade diese Species oder eine andere von derselben Gattung hat, und von denen also eine der andern vollkommen substituirt werden kann [34]). Solche Sachen sind nun zwar von der Art, daß sie im Handel und Wandel nach Zahl, Maaß, oder Gewicht veräussert zu werden pflegen; jedoch können sie auch als Species zu einem bestimmten Gebrauche gegeben werden, mit der Bedingung, daß dasselbe Individuum nach geendigtem Gebrauche wieder zurückgegeben werden soll [35]). Dann ist aber der Contract kein Darlehn, sondern ein Leihcontract, (Commodatum). z. E. Commodatum pecuniae [36]).

33) S. *Henr. Ge.* WITTICH System des heutigen Civilrechts. 1. Band §. 133. S. 337.

34) *Lud. God.* MADIHN Princip. iuris Rom. P. I. §. 42. et P. II. §. 213. und THIBAUT System des Pandectenrechts 1. B. §. 261.

35) Daher erklären viele die L. 2. §. 1. D. h. t. so: quod res (in quibus mutui datio consistit) usum nobis praestant, tam in genere suo (sc. in mutuo) quam in suis speciebus. (e. g. in Commodato). S. *Ge. Sam.* MADIHN Institut. iuris civ. §. 127.

36) L. 4. *D. Commod.*

Zusätze und Verbesserungen.

S. 22. Not. 71. ist noch hinzuzufügen *Christ.* RAU Observationum iuris civilis Specimen. *Lipsiae 1808.* 4. wo Cap. I. ausführlich erwiesen ist, daß die Erbtheilungsklage an sich, d. i. insofern sie auf Theilung einer gemeinschaftlichen Erbschaft gerichtet, und unter wirklichen Miterben angestellt wird, keiner Verjährung unterworfen seyn könne.

S. 51. Ueber die hier vorgetragenen Grundsätze verdienen auch vorzüglich Hagemanns practische Erörterungen aus allen

len Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 5. Band Nr. 52. verglich zu werden.

S. 74. Z. 16. ist nach für wach zu lesen.

S. 110. lit. b. ist nach den Worten: unter andern E[illegible] chen gemacht, Folgendes einzuschalten: Dann sind sie entwede 1) Notherben. Diese können nur in sofern Evictionsleistung fordern, als sie durch die erlittene Entwährung in ihrem Pflicht theile verkürzt worden sind. Oder 2) es sind fremde Erben, welche x.

S. 238. Z. 4. Lese man statt Imploranten Imploratea.

— — Z. 8. ist ebenfalls für Imploranten Imploraten zu lesen.

S. 321. Das SCtum Modestianum, dessen Ulpian *L. 1.* §. 2. *D. de fugitivis* gedenkt, schreibt man gewöhnlich dem Consul Modestus zu, welcher mit dem Probus im Jahr der Erb. Roms 980. das Consulat verwaltet hat. S. CUJACIUS in Paratitl. ad Pand. Tit. ad Leg. Fabiam, *Abr.* WIELING in Iurisprud. restit. pag. 352. und RELANDUS in Fast. Consul. pag. 161. Allein Ulpian schrieb seine *Libros ad Edictum*, aus dessen Lib. I die *L. 1. cit.* genommen ist, unter Caracalla, der schon im Jahre 969. war ermordet worden. Es ist also unstreitig älter, und wahrscheinlich schon vor den Zeiten des Antoninus Pius gemacht worden, wie BREUNING in Prolus. de SCto Modestiano gezeigt hat.

S. 339. Z. 9. muß statt Beleidung, Beleidigung gelesen werden.

S. 341. Z. 1. Keinem für keinen.

— — Not. 65. Fehlt *Io. Sam. Frid. de* BOEHMER.

S. 379. Not. 66. Hier ist noch zu bemerken, daß *Io. Gail.* HOFFMANN in Meletemat. et observat. variis ad Pandect. Lib. XI. §. 5. die florentinische Leseart *liberetur*, statt *laederetur*, in der *L. 5. pr. D. Si mensor falsi. mod. dix.* welcher letztern ich den Vorzug gegeben habe, zu vertheidigen sucht.

S. 453. Z. 18. muß für Das vielmehr Daß gesetzt werden.

